

UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE - FACULTÉ DE DROIT D'AIX

**De l'intervention du Juge dans le Contrat
en cas de
survenance de circonstances imprévues**

- THÉORIE DE L'IMPRÉVISION -

THÈSE POUR LE DOCTORAT D'UNIVERSITÉ

**Présentée et soutenue
par**

Constantin STOYANOVITCH

Marcel LECONTE
Imprimeur-Editeur
98, Cours Lieutaud, 98
MARSEILLE
1941

DE L'INTERVENTION DU JUGE DANS LE CONTRAT

EN CAS DE

SURVENANCE DE CIRCONSTANCES IMPRÉVUES

- THÉORIE DE L'IMPRÉVISION -

UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE - FACULTÉ DE DROIT D'AIX

**De l'intervention du Juge dans le Contrat
en cas de
survenance de circonstances imprévues**

- THÉORIE DE L'IMPREVISION -

THÈSE POUR LE DOCTORAT D'UNIVERSITÉ

Présentée et soutenue
par

Constantin STOYANOVITCH

Marcel LECONTE

Imprimeur-Editeur
98, Cours Lieutaud, 98
MARSEILLE
1941

UNIVERSITÉ D'AIX - MARSEILLE

FACULTÉ DE DROIT D'AIX

PERSONNEL

MM.

RAYNAUD, *, **, I., Doyen, Professeur d'Economie Politique.
DUMAS, **, I., Assesseur, Professeur d'Histoire Générale du Droit Français.
BRY, *, **, I., **, Professeur de Droit Romain.
LEBRET, **, I., **, Professeur de Droit Criminel.
AUDINET A., *, **, I., **, Professeur de Droit Civil.
JAUFFRET, **, A., Professeur de Droit Commercial.
DURAND, **, A., Professeur de Droit Administratif.
TROTABAS, **, I., **, Professeur de Droit Constitutionnel.
DE GEOUFFRÉ DE LA PRADELLE Paul, **, A., Professeur de Droit International Public.
KAYSER, Professeur de Droit Civil.
MACQUERON, Professeur sans chaire.
HENRY, Professeur à la Faculté de Droit de Nancy, chargé de cours à la Faculté de Droit d'Aix.
STÉFANI, Professeur de la Faculté de Droit de Strasbourg, chargé de cours à la Faculté de Droit d'Aix.
CABRILLAC, Agrégé.
MARCY, Agrégé.
REUTER, Agrégé.
BERTRAND, Chargé de cours.



PROFESSEURS HONORAIRES

MM.

AULAGNON, *, **, I., Professeur à la Faculté de Droit de Lyon.
LABORDE-LACOSTE, *, **, I., Professeur à la Faculté de Droit de Bordeaux.
PERROUD, *, **, I., Professeur à la Faculté de Droit de Lyon.
RIPERT, O. *, **, I., Doyen de la Faculté de Droit de Paris.
M. DELAPORTE, **, I., Secrétaire.

L'Université et la Faculté n'entendent donner ni approbation, ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

A mon Cher Ami et Bienfaiteur

MONSIEUR MILIVOYÉ MARINKOVITCH,
Général de brigade de l'Armée yougoslave,

en témoignage de ma profonde reconnaissance, je dédie ce premier ouvrage.

C. S.

INTRODUCTION

« Travaillons à dilater notre pensée ; forçons notre entendement ; brisons, s'il le faut, nos cadres, mais ne prétendons pas rétrécir la réalité à la mesure de nos idées, alors que c'est à nos idées de prendre mesure sur la réalité ».

H. BERGSON, *Discours sur Claude Bernard*, 1913.

Le problème de l'intervention du juge dans le contrat en cas de survenance de circonstances imprévues ou problème de l'imprévision est à l'ordre du jour, dans la doctrine française contemporaine, depuis 25 ans environ, c'est-à-dire depuis le commencement de la grande tragédie mondiale que fut la guerre de 1914-18. La première alerte fut donnée en 1915 (1). A partir de ce moment, la littérature juridique ne cessa de s'en occuper et fut bientôt enrichie de discussions, d'opinions controversées, de points de vue divers sur la manière de poser et de traiter le problème nouveau, ainsi que de solutions à adopter pour le résoudre. Le nombre de travaux : notes sous les décisions de jurisprudence, articles dans des revues, thèses de doctorat, augmentait d'année en année (2). Aujourd'hui, tous les manuels de droit civil récemment parus et tous les cours ensei-

1) Voir : MASSIGLI, *La guerre et les contrats*, Note dans le Bulletin mensuel de la Fédération des industriels et des commerçants français, Paris, n° 138, août-septembre 1915.

2) La plupart sont rapportés dans la présente étude.

gnés dans les Facultés de droit contiennent quelques explications sur la nouvelle « Théorie de l'imprévision » (1).

En effet, ce ne fut qu'une résurrection et qu'un renouveau de l'ancienne doctrine des canonistes et post-glossateurs relative à la clause tacite *rebus sic stantibus*, sous-entendue dans tous les contrats « *qui habent dependentiam de futuro* » ou « *qui habent tractum successivum* », doctrine qui eut beaucoup de succès devant les tribunaux ecclésiastiques, dans les pays germaniques et en Italie et qui ne fut pas inconnue de l'Ancien droit français, mais que le Code Napoléon de 1804 fit, pendant longtemps, tomber dans l'oubli.

Le problème de l'imprévision consiste à savoir si le législateur ou, à son défaut, le juge peut et doit intervenir dans un contrat à exécution successive ou à terme, lorsque, postérieurement à sa conclusion et antérieurement à son exécution, un événement dont la survenance ou celle de ses conséquences n'était pas possible à prévoir lors du contrat, vient changer l'état de choses ayant été la base de la convention, de telle façon que si celle-ci était exécutée à la lettre, l'un des contractants subirait une perte considérable et serait probablement ruiné. Cette intervention aurait pour effet de sauver le contractant malheureux, en adaptant le contrat aux nouvelles circonstances.

Le problème se posa dans la pratique bien avant que la doctrine ne commençât à s'y intéresser. Son historique remonte à la fin de la première moitié du siècle précédent, par suite de la crise économique issue de la révolution de 1848. Pendant la guerre de 1870, les tribunaux en furent saisis à nouveau. C'est donc toujours lorsque la vie économique du pays perd son cours normal que le problème de l'imprévision revêt un caractère général en atteignant toutes les espèces de contrats. Mais il peut se présenter également dans des périodes de calme, ne concernant alors que

1) Voir : PLANIOL (Marcel) et RIPERT (Georges), *Traité pratique de Droit civil français*, t. VI, Obligations, Paris 1930, n^{os} 391 et s. ; — JOSSERAND (Louis), *Cours de droit civil positif français*, Paris 1939, t. II, n^o 404, n^{os} 1257 bis et s. ; — COLIN et CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, Paris 1935, n^o 83.

certaines contrats faisant partie d'une seule branche de l'activité humaine, lorsqu'un événement de nature à bouleverser leur économie, s'y produit (par exemple : une invention scientifique, une loi augmentant les charges d'une catégorie de contractants) ou bien, lorsque la durée du contrat est tellement longue qu'au bout d'un certain temps son équilibre se trouve altéré par le seul fait de l'évolution, dont on ne peut connaître d'avance toutes les péripéties. Dans ce cas, le problème de l'imprévision est de caractère particulier.

La jurisprudence civile a eu l'occasion de se prononcer à maintes reprises sur ce problème. Quelle attitude a-t-elle adoptée à son égard ?

Le Code civil, dont elle était tenue d'appliquer les dispositions n'en donnant aucune solution, la jurisprudence s'est divisée, surtout celle des juridictions inférieures. Certains tribunaux et cours d'appel se sont prononcés pour l'intervention du juge, certains autres contre celle-ci. La Cour de cassation, appelée à uniformiser la jurisprudence et à faire respecter la lettre de la loi, s'est déclarée contre l'intervention du juge dans le contrat pour cause d'imprévision et a cassé toutes les décisions à elle déférées et favorables à ce pouvoir du juge, celui-ci n'ayant été reconnu par aucun texte de loi et étant contraire aux principes de l'organisation judiciaire du pays. Elle n'a pas abandonné la position prise même pendant la guerre de 1914-18, lorsque le jeu des événements et de leurs conséquences, jeu qu'aucune intelligence ni clairvoyance humaines ne pouvaient prévoir la veille, occasionna dans les contrats à exécuter des situations qui entraînaient, d'une manière scandaleuse, la ruine des uns et l'enrichissement des autres, et ce, sans aucune faute des premiers et sans aucun mérite des seconds.

La Cour de cassation, tout en reconnaissant parfois que la morale et l'idée de justice ne s'accordaient pas toujours avec son refus catégorique d'admettre la théorie de l'imprévision, avait deux raisons pour justifier son attitude : 1° le silence des textes, qu'elle interprétait, avec justesse, d'ailleurs, dans un sens défavorable à la nouvelle théorie, et 2° le principe du respect absolu de la foi jurée, principe qu'elle considérait comme indispensable à la sécu-

rité du commerce juridique et auquel elle ne se permettait de déroger sous aucun prétexte, craignant que la valeur et l'utilité des contrats n'en soient compromises. Dès lors, le droit positif étant hostile à l'intervention du juge pour cause d'imprévision, celui-ci, vu le principe de la séparation des pouvoirs lui défendant de modifier la loi, en lui substituant une règle nouvelle créée par lui, n'avait pas le droit de passer outre : en adaptant le contrat aux nouvelles circonstances, il aurait violé la loi, car le contrat tient lieu de loi aux parties qui l'ont fait. D'autre part, l'utilité et la moralité sociales imposant le maintien du contrat coûte que coûte, devaient l'emporter sur le sentiment du juste et du moral par rapport à un cas isolé, l'intérêt collectif étant plus fort et plus important que l'intérêt individuel.

Au fur et à mesure que les conséquences de la guerre sur les contrats devenaient de plus en plus intolérables, il en était de même de la jurisprudence de la Cour suprême. Le commerce et l'industrie protestèrent. La doctrine les suivit. Mais la Cour suprême resta intransigeante jusqu'au bout, froidement indifférente aux voix qui s'élevaient contre elle.

Pour remédier à cette situation, le législateur dut intervenir. Il le fit au début de l'année 1918, quelques mois avant l'armistice. La théorie de l'imprévision fut consacrée, le principe de la foi jurée fut violée. Les deux raisons justifiant la jurisprudence de la Cour de cassation furent battues en brèche d'un seul coup. La guerre terminée, le législateur continua à s'immiscer dans les contrats. Il le fit d'abord, pour faire face aux conséquences de la guerre qui furent ressenties longtemps encore après la signature du traité de paix, ensuite pour parer à celles de la crise économique de 1930, qui surgit soudain après une période de prospérité et de calme, enfin, pour répondre aux nécessités de la situation créée par la nouvelle guerre de 1939-40.

Cependant, comme le législateur n'est intervenu qu'à titre exceptionnel et temporaire, en ne touchant qu'à certaines espèces de contrats déterminées, la Cour de cassation maintient toujours sa jurisprudence d'antan pour toutes celles qui n'entrent pas dans le domaine de la législation spéciale comme pour celles qui y entraient, quand la loi qui les a réglementées a cessé de s'appliquer.

La Cour de cassation a-t-elle vraiment eu des raisons valables pour refuser au juge le droit de s'interposer dans l'exécution du contrat, lorsqu'un cas d'imprévision vient bouleverser son économie ? Et si elle les avait avant la consécration partielle de ce droit, les a-t-elle encore et toujours, après cette consécration ?

Telles sont les questions que nous nous posons avant de commencer la présente étude. Telles sont également celles qui ont préoccupé tous nos prédécesseurs. Cependant, bien que les questions soient les mêmes, nous ne suivrons pas leurs traces. La théorie de l'imprévision a eu beaucoup d'apôtres, beaucoup de partisans, avant et après la législation fragmentaire qui en a fait état. La bibliographie qui en traite est actuellement très riche. Mais, comme l'a très bien dit M. VENTAMIN, « les discussions ne sont guère arrivées à épuiser la question et on peut dire — considérant le désaccord qui règne encore parmi les auteurs — que la théorie de l'imprévision est à faire » (1). En reprenant la discussion à notre tour, nous n'avons nullement la prétention d'y mettre le point final. Au contraire, en la plaçant sur un terrain nouveau, jusqu'à présent totalement négligé, nous ne voudrions qu'en susciter de nouvelles, afin que le problème soit, en fin de compte, suffisamment éclairci. Et de même que nous avons profité des erreurs de nos prédécesseurs, en les corrigeant, nous serions très heureux si nos successeurs en faisaient autant des nôtres. Car les erreurs sont toujours possibles. Elles sont d'autant plus à redouter dans une étude comme la nôtre, que la solution principale vers laquelle nous allons diriger nos recherches ne sera pas entièrement basée sur le droit positif ; pour une grande partie elle reposera sur un droit idéal ou plutôt sur l'idée d'un droit de l'avenir. Dans une étude du domaine *de lege lata*, si l'on s'en tient constamment à une méthode de stricte observation, il est moins facile de se tromper que dans une autre qui est du domaine *de lege ferenda*, où l'on peut, malgré l'observation, voir souvent faux, faute de tous les éléments nécessaires. C'est pour cela que notre thèse n'a point la prétention d'être une élaboration de la règle

1) VENTAMIN (Virgile), *Essai sur les données économiques dans l'obligation civile*, thèse Paris, 1930, p. 388.

de droit générale sur l'imprévision, mais seulement un essai d'élaboration de celle-ci.

Par ailleurs, c'est un simple hasard si la présentation de cette étude a lieu au cours d'une nouvelle guerre qui, une fois de plus, dévaste la vieille Europe et menace de s'étendre à nouveau au Monde entier, fait qui lui donne une grande actualité.

Le véritable motif qui nous a décidé à étudier cette question est le fait de l'élaboration d'un Code civil unifié pour le Royaume de Yougoslavie, dont l'Avant-projet a déjà été publié par le Ministère de la Justice en 1934. — Aujourd'hui, il y a, en Yougoslavie, six régions législatives : la Serbie avec le Code civil serbe de 1844 ; la Croatie avec le Code civil autrichien de 1812 ; le Monténégro avec le Code des biens de Boghichitch ; la Slovénie et la Dalmatie avec leur législation spéciale ; la Voïvodine, le Banat, la Batschka et la Baranya, avec la législation hongroise, et la Bosnie-Herzégovine avec le droit ottoman. Cette diversité dans l'organisation juridique du pays n'est point chose commode ; elle donne lieu à de constants conflits de droits provinciaux, en compliquant beaucoup trop les rapports de droit entre citoyens appartenant à un même Etat, mais à des régions soumises à différentes législations, et en entravant, par conséquent, le libre épanouissement du commerce juridique (1). Un Code civil général qui viendrait unifier le droit civil matériel, actuellement morcelé, est donc indispensable. Cependant, les codes ne se font pas tous les jours. Une codification représente un travail et des efforts aussi sérieux que pénibles : il faut qu'elle satisfasse les besoins de la vie moderne, qu'elle respecte la tradition et les coutumes populaires et embrasse l'avenir, tout à la fois. En Yougoslavie, ce labeur est d'autant plus difficile

1) Cons. : PERITCH (Jivoïn), *L'unification législative en Yougoslavie*, Conférence faite à la Faculté de droit et à l'Institut de droit comparé de l'Université de Lyon. Extrait de la Revue de l'Université de Lyon, 1934, p. 209-243 ; — BLAGOJEVITCH (Vidan), *Résumé du Rapport sur l'unification du droit des obligations dans les Etats Slaves*, présenté au Congrès des juristes des Etats slaves, tenu à Bratislava, du 8 au 10 septembre 1933, Bulletin de Législation comparée, 1934. — DU MÊME AUTEUR, *La révision des contrats par le juge en Yougoslavie*, Rapport dans Travaux de la Semaine Internationale de droit, Paris, 1937, t. II, p. 143.

que les régions régies par les divers systèmes législatifs se différencient à tous égards : religion, passé, langue, civilisation, — points délicats, sur lesquels les peuples sont extrêmement sensibles.

A l'instigation de notre Maître de la Faculté de Droit de Belgrade, Monsieur le professeur Michel Constantinovitch, actuellement Ministre de la Justice, nous avons choisi le problème de l'imprévision pour sujet de notre thèse avec l'intention de suggérer très modestement au Corps législatif l'idée de le prendre en considération lors de la rédaction définitive du Code en préparation, car dans son Avant-projet il n'en fait point mention.

Nous regrettons, toutefois, de n'avoir pu aborder le problème du point de vue du droit positif yougoslave, comme nous l'avons fait pour le droit français. L'éminent Maître de la Faculté de Droit de Paris, Monsieur le professeur René Cassin, qui avait accepté de présider cette thèse, nous l'avait suggéré et tel était notre désir. Mais les événements nous en ont empêché. Dès l'abord, nous avons eu l'intention de partir pour quelques temps en Yougoslavie afin d'y étudier la matière aux sources législatives, jurisprudentielles et bibliographiques, qui nous manquent ici, en France. Malheureusement, ce projet a dû échouer, après que tout départ nous est devenu impossible et surtout le retour. Nous avons espéré ensuite pouvoir rentrer à Paris et essayer de faire quelques recherches à la Bibliothèque Nationale, où nous avions cru pouvoir trouver quelques ouvrages et répertoires de jurisprudence se rapportant à la question de la théorie de l'imprévision en Droit civil yougoslave. Nous n'avons pu réussir non plus à réaliser ce projet : notre tentative de regagner la Capitale se heurta au refus des autorités occupantes de nous laisser passer la ligne de démarcation entre la zone libre et la zone occupée, au mois d'octobre dernier.

De ce fait, nous prions M. le professeur René Cassin de bien vouloir nous excuser de ne pas avoir répondu à son désir qui était également le nôtre, et lui promettons d'accomplir cette tâche dès notre retour définitif en Yougoslavie, en ajoutant à celui-ci un second volume qui sera son complément et aura pour sujet la théorie de l'imprévision

en Droit civil positif yougoslave. Aussi tâcherons-nous de le traduire en français soit en entier, soit en résumé.

Le plan de notre étude sera ainsi conçu :

Une première partie sera consacrée à la construction de la théorie de l'imprévision, telle qu'elle devrait être d'après la doctrine, la législation et la jurisprudence civile et administrative. C'est une synthèse de la théorie de l'imprévision du point de vue *de lege ferenda*, composée des éléments positifs et idéaux. Le chapitre premier traitera de son étendue en Droit civil, en Droit ouvrier, en Droit administratif et en Droit international public, et se terminera en la limitant au domaine exclusif du Droit civil et spécialement à celui des contrats. Le second chapitre donnera sa définition, en exposera les éléments constitutifs et les sanctions, en la suivant dans quelques contrats usuels où elle apparaît le plus souvent en pratique.

Dans la deuxième partie, il sera question de la légalité de la théorie de l'imprévision. Chapitre premier : Rapport entre le Code civil français et la théorie de l'imprévision. Chapitre II : Attitude de la Cour de cassation à l'égard de la théorie de l'imprévision. Chapitre III : Législation spéciale sanctionnant la théorie de l'imprévision.

Enfin : Conclusion.

PREMIÈRE PARTIE

Technique de la théorie de l'imprévision

CHAPITRE PREMIER

CHAMP D'APPLICATION DE LA THÉORIE DE L'IMPRÉVISION

La théorie de l'imprévision n'est pas particulière au Droit civil et encore moins à la matière des contrats. Le problème de son intervention se pose partout, où il y a une obligation à accomplir ou un droit à faire valoir, partout où le lien juridique se prolonge dans le temps et laisse subsister un intervalle entre sa formation et son extinction, permettant aux événements du dehors d'y faire sentir leur influence. C'est ainsi que la théorie de l'imprévision ne se limite pas seulement à la matière des contrats civils, mais s'étend à toutes sortes d'obligations, savoir toutes les obligations du Droit civil, quelles que soient leur provenance et leur source (contractuelle, légale, coutumière), comme à celles des autres branches du Droit : Droit ouvrier, Droit administratif et Droit international, public et privé, en imprégnant de la sorte le droit tout entier.

Née ou (plutôt : ressuscitée) à l'occasion de la guerre de 1914-1918, pour protéger les débiteurs malheureux contre le caractère trop onéreux de leurs devoirs légaux, la théorie de l'imprévision peut être invoquée de même par les créanciers, lorsque leurs droits subissent un sort analogue, c'est-à-dire lorsqu'ils deviennent trop dérisoires. Ce n'est donc pas une mesure en faveur exclusive des débiteurs, mais au profit de tout contractant, qu'il soit débiteur ou créancier, qui mérite son aide.

D'autre part, et cela doit être souligné, la théorie de l'imprévision ne s'occupe que du sort de la victime du jeu des circonstances et se désintéresse presque totalement de l'attitude du bénéficiaire qui refuse de prêter son concours pour aider son partenaire. Elle n'a pas pour but de répri-

mer, mais de protéger, s'il le faut. Ce n'est pas une punition, une sanction contre le plus fort, mais une mesure de protection du plus faible.

Enfin, la théorie de l'imprévision ne doit pas jouer uniquement dans les obligations de donner, bien que ce soit le domaine où elle fonctionne le plus fréquemment dans la pratique, mais aussi dans celles de faire ou de ne pas faire.

*
**

TITRE PREMIER

Etendue de la théorie de l'imprévision en Droit civil

En principe, la théorie de l'imprévision peut intervenir dans toutes sortes d'obligations, sans égard aux sources d'où elles proviennent, savoir :

1° Dans les obligations légales, imposées par le droit positif, c'est-à-dire par un texte de loi ou par une règle coutumière, indépendamment de la volonté humaine comme mode de s'engager ;

2° Dans les obligations résultant d'un acte illicite de l'homme avec ou sans intention de causer du dommage à autrui (délits et quasi-délits) ; et

3° Dans les obligations naissant d'un acte juridique, comme le sont les obligations contractuelles ou celles qui proviennent des engagements unilatéraux (d'un testament, par exemple).

En voici quelques cas pratiques le démontrant :

Ad 1° Un fils est obligé de verser, à ses parents qui sont dans le besoin, tous les mois une somme d'argent à titre alimentaire, devoir que lui impose la loi (art. 205 du Code civil). Supposons que cette somme d'argent soit 1.000. Au moment où cette somme a été fixée, elle était suffisante pour atteindre le résultat voulu. Mais si la monnaie est dévaluée deux ans après, en sorte que la valeur de la pension ne soit plus que de 100, il est évident que le but de l'obli-

gation en cause, consistant à faire vivre les parents dépourvus d'autres ressources, ne serait pas atteint si le fils continuait à leur donner toujours la même somme. Qu'est-ce qui est alors le plus juste : laisser mourir de faim les pauvres gens ou bien, admettre une modification de l'obligation de leur fils, s'il refuse d'y consentir à l'amiable ? (1).

Ad 2° Le chien de votre voisin vous a mordu. Vous réclamez des dommages et intérêts en vertu de l'art. 1385 du Code civil qui parle de la responsabilité du fait des animaux. Vous comprenez dans le montant du dommage toutes les dépenses que vous avez faites à ce propos : les visites du médecin, les médicaments, le temps perdu pendant la maladie et le dommage moral que vous avez subi au moment de la morsure. Alors, si entre le jour où vous avez déposé votre demande au tribunal et le jour de l'ouverture de l'audience, il y a eu une baisse considérable de la monnaie nationale par suite d'un acte du Gouvernement décrétant le cours forcé, que fera le juge ? basera-t-il sa décision sur le chiffre des dommages-intérêts que vous avez indiqué dans votre demande et qui ne représente plus l'équivalent du préjudice à réparer, ou bien sur la valeur réelle du dommage causé ? Dans le premier cas, une partie de votre dommage resterait non réparée ; dans le second, il serait intégralement satisfait. Où est la justice ?

Ad 3° a) Au cours de l'exécution d'un bail à loyer à long terme survient une dépréciation, légale ou de fait, de la monnaie, de telle sorte que le bailleur ne retire plus qu'un revenu infime de son immeuble, dont la valeur réelle a, par suite de l'augmentation de valeur des choses corrélative à la dépréciation de la monnaie, considérablement augmenté, et que le locataire occupe les lieux loués pour un prix dérisoire, ou réalise même, par les sous-locations, un bénéfice considérable. Faut-il maintenir, nonobstant, les conditions primitives du bail ou bien procéder à son adaptation aux nouvelles circonstances ?

1) L'art. 209 du Code civil ne prévoit que le cas inverse : « Lorsque celui qui fournit ou celui qui reçoit des aliments est remplacé dans un état tel, que l'on ne puisse plus en donner, ou que l'autre n'en ait plus besoin en tout ou en partie, la décharge ou réduction peut en être demandée ».

b) Un père de famille, à la veille de son décès, a distribué sa fortune par un acte de dernière volonté à ses trois filles ; il leur a donné à chacune une part égale de la façon ci-après : à la première, en valeurs russes ; à la seconde, en rentes françaises ; à la troisième, en valeurs anglaises. La guerre de 1914-18 survient avant le partage de cet héritage, et surtout la révolution bolcheviste en Russie ; la première sœur perd tout ce qui devait lui revenir, la seconde subit une perte moindre mais assez sensible, et la troisième bénéficie de toute sa part. Or, selon la volonté expresse de leur père, elles étaient mises sur un pied d'égalité. Faut-il maintenant qu'elles ne le soient plus à cause d'un événement qu'il n'était pas possible de prévoir lors de la formation de l'acte en question, et que la volonté du testateur soit compromise ? Ou que le testament soit révisé pour faire rétablir l'égalité entre les héritières conformément à la dernière volonté du *de cuius*, volonté qui n'est point difficile à découvrir ? (1).

Toutefois, en ce qui concerne les obligations provenant d'un acte illicite de l'homme, il faut distinguer entre les délits et les quasi-délits. Les premiers, révélant une intention de nuire (*animus nocendi*) à son prochain, la mauvaise foi et la méchanceté de l'agent, ne s'accorde pas avec le caractère éthique de la théorie de l'imprévision. Pour cette raison, nous sommes d'avis, avec M. BONNECASE (2), que l'intervention de notre théorie ne peut pas avoir lieu dans cette matière, car il serait vraiment trop charitable de venir, au nom de la moralité et de la justice, au secours de celui qui s'est volontairement dressé contre elles, pour les violer, quelle que soit l'aggravation de sa charge par suite d'un cas d'imprévision. — Par contre, la matière des actes illicites non intentionnels, résultant d'une négligence, d'une incurie ou d'une imprudence (un automobiliste renverse un piéton ; le chien de votre voisin vous mord ; une maison s'écroule et tue ou blesse des passants, etc.), n'exclut pas la possibilité d'in-

1) Exemple rapporté par HAURIU (Maurice), *L'imprévision et les contrats dominés par les institutions sociales*, dans *Aux sources du droit*, Paris 1933, p. 144.

2) BONNECASE (Julien), *Supplément au Traité théorique et pratique de Droit civil de G. Baudry-Lacantinerie*, t. III n° 295 ; — DU MÊME AUTEUR, *Précis de Droit civil*, t. II, 1934, n° 383.

intervention de notre théorie, puisqu'il n'y a pas élément d'immoralité dans l'acte qui s'y opposerait (1). M. BONNECASE qui a bien fait d'écarter l'application de la théorie de l'imprévision de la matière des délits, avait perdu de vue cette distinction nécessaire (2). Cependant, il aurait fallu la faire, sinon pour les quasi-délits, s'il a pensé les mettre à part de même que les délits, tout au moins pour les accidents du travail entraînant une responsabilité objective du patron vis-à-vis de son ouvrier, victime de l'accident, sans que la faute du responsable soit en jeu, responsabilité qui s'impose par le simple fait que le dommage subi est en rapport de cause à effet avec l'exploitation de l'entreprise (Loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail).

Quant aux obligations contractuelles, il est à remarquer qu'il y en a qui, vu la durée, la qualité ou la nature juridique des contrats d'où elles résultent, sont hors du champ d'application de la théorie de l'imprévision. Pour délimiter avec précision l'étendue de notre théorie dans cette matière, il faut passer en revue, en les examinant, les contrats et les situations ci-après : 1° les contrats à exécution instantanée et les contrats successifs et à terme ; 2° les contrats commutatifs et les contrats aléatoires ; 3° les contrats spéculatifs ; 4° les contrats à titre onéreux et les contrats à titre gratuit ; 5° l'existence d'une clause expresse de prévision de l'imprévision ou d'exclusion de l'imprévision ; 6° les contrats portant sur une somme d'argent et spécialement les contrats de prêt de consommation ; 7° les contrats de vente ayant pour objet un corps certain.

Section A

CONTRATS A EXÉCUTION INSTANTANÉE ET CONTRATS SUCCESSIFS ET A TERME

Il faut distinguer tout d'abord les contrats à exécution d'un seul trait ou à exécution instantanée et les contrats à

1) Ici l'on voit bien un des intérêts de la distinction entre les actes illicites intentionnels et les actes non-intentionnels, bien qu'une partie de la doctrine la repousse en disant qu'elle est sans importance. — Voir : COLIN et CAPITANT, *Cours élémentaire de Droit civil français*, t. II, n° 177.

2) BONNECASE, *op. cit.*, *loc. cit.*

prestations périodiques ou plutôt à exécution successive et les contrats à terme ou à exécution différée. Le premier de ces types de contrats se caractérise par la simultanéité de sa conclusion et de son exécution ; il est exécuté aussitôt conclu. Il n'y a pas là d'intervalle, de laps de temps entre ces deux moments. Son modèle est la vente au comptant ou même à terme lorsque le prix est payable en une seule fois. Par conséquent, du fait de l'absence d'intervalle, la théorie de l'imprévision n'y joue pas, parce qu'il n'y a pas la possibilité qu'un changement de circonstances économiques ou autres apparaisse dans les conditions d'exécution de ces contrats. Mais, remarquons-le tout de suite, il arrive dans la pratique que la théorie de l'imprévision puisse cependant entrer en jeu dans cette espèce de contrats. C'est le cas, où l'on est en présence d'un contrat qui est normalement à exécution instantanée, mais dont l'exécution est devenue échelonnée par l'effet de la volonté des parties contractantes. Cela se fait jour souvent dans le contrat de vente, dans la vente qu'on appelle la vente à crédit. Le contrat de vente est en principe un contrat à exécution d'un seul trait. Mais, il se peut que le vendeur s'engage à livrer immédiatement l'objet vendu à condition que le débiteur s'acquitte plus tard. Un exemple le plus fréquent de ce genre de contrats de vente se trouve dans les ventes de fonds de commerce. Celui qui achète un fonds de commerce ne paie d'habitude qu'une fraction du prix au comptant ; pour le reste, qui est, en fait, la majeure partie de la somme due, il donne au vendeur des « billets de fonds », qui, signés par l'acheteur, représentent des effets de commerce et qui peuvent circuler. L'acheteur est tenu, jusqu'au jour de leur acquittement total, de payer les annuités ou les mensualités promises sur le prix du fonds. Comme on le voit, le vendeur a accompli sa prestation sur le champ en livrant le fonds et l'acheteur exécute la sienne par échelons. A part la raison de l'existence d'une telle vente, qui consiste dans le fait que l'acheteur ne peut momentanément effectuer en entier le paiement du prix, tout en ayant l'espoir qu'il pourra s'en acquitter plus tard grâce aux revenus produits par le fonds acheté, il est certain que, puisqu'il y a un intervalle entre la passation et l'exécution

du contrat, ce type de contrat est susceptible de tomber sous le coup de l'imprévision. (1).

Par contre, la situation se présente tout autrement dans le deuxième groupe de contrats : les contrats à exécution successive et les contrats à terme, car notre théorie n'est possible qu'en leur présence. Leur caractère commun consiste en ce qu'ils impliquent une certaine durée plus ou moins longue, un certain espace de temps, entre l'époque de leur entrée en vigueur et celle de leur extinction. Or cette durée est la seule susceptible d'offrir l'occasion d'un changement dans les circonstances en vue desquelles on avait contracté, et qui rend l'accomplissement de la promesse initiale fort difficile et onéreuse pour l'un des contractants. C'est pourquoi déjà les anciens auteurs qui parlaient de la théorie de l'imprévision envisageaient spécialement et uniquement les contrats qui « *habent dependentiam de futuro* », qui ont « *aliquid futuri* » ou qui « *habent tractum successivum* » (2); ce qui ne veut pas dire autre chose que les contrats ci-dessus indiqués. Pour mieux illustrer cette affirmation, qui est d'ailleurs toute naturelle, on peut citer la loi du 21 janvier 1918, dite la loi Failliot, qui prévoyait l'application de la théorie de l'imprévision, et dont l'art. 1^{er} déclarait qu'elle n'était applicable qu'aux marchés et contrats « qui comportent soit des livraisons de marchandises ou de denrées, soit d'autres prestations successives ou seulement différées. »

Les contrats à exécution successive sont ceux qui comportent des prestations échelonnées par mois, par trimestre, par an ou autrement, selon le contrat en question. C'est le cas des contrats de bail, de travail, d'assurance, de transport, d'arrosage, etc. Mais les uns peuvent avoir ce caractère de successivité seulement vis-à-vis de l'une des parties et non vis-à-vis de l'autre. Par exemple la vente à tempérament, dont nous avons déjà parlé à propos de la vente d'un fonds de commerce : le vendeur s'acquitte instantanément, en livrant son fonds, et l'acheteur paie périodiquement le prix convenu. Les autres comportent, d'un

1) Comp. : CASSIN (René), *Suspension, rupture et révision des contrats*, Cours spécial de doctorat, année 1937-1938, p. 10.

2) Voir *infra*, p. 221, note 1^{re}.

côté une obligation, qui n'est pas instantanée, mais qui n'est pas non plus successive, étant continue, — de l'autre, — une obligation périodique. C'est le cas d'un bail. Le propriétaire, ou plus exactement le bailleur, exécute son obligation de délivrance, c'est-à-dire de la mise des lieux loués à la disposition du locataire dans un seul espace de temps. Mais par là son obligation n'est pas encore accomplie. Il doit pendant des mois et des années, tant que le contrat durera, procurer à son locataire la jouissance des lieux. Son obligation est continue, car elle ne cesse d'exister même pendant une seconde. De son côté, le locataire n'est pas obligé de payer à chaque seconde son loyer ; au contraire, il ne doit payer que tous les mois, tous les trimestres, semestre, ou tous les ans. Son obligation est successive. Il y en a enfin qui sont de caractère successif des deux côtés, comme c'est par exemple le cas, pour le contrat de transport. — La durée de cette successivité peut être déterminée, ce qui est le cas ordinaire, ou indéterminée, ce qui est très rare et exceptionnel (par exemple le contrat d'arrosage). Lorsque la durée est déterminée, elle peut être longue ou courte. Mais cette distinction quant à la durée ne présente pas un grand intérêt théorique. Si la théorie de l'imprévision intervient, elle le peut dans tous les cas, que la durée soit déterminée, longue, courte, ou indéterminée. Il n'y a qu'une différence de degré. Les contrats successifs à durée interterminée sont plus susceptibles d'être modifiés par les effets de l'imprévision que les autres, parce qu'il est très probable que dans un tel laps de temps on aura des surprises auxquelles on n'a certainement pas songé. Les contrats de longue durée viennent ensuite et les contrats de courte durée tout à fait en dernier lieu.

Les contrats à exécution différée sont ceux qui supposent un certain laps de temps entre leur conclusion et leur exécution, pendant lequel aucune partie contractante n'effectue sa prestation, toutes deux attendant le terme convenu pour s'acquitter ensemble trait pour trait. Il en est ainsi dans les marchés à livrer, les marchés de fournitures, dans le règlement de cheptel en fin du bail, etc. — Eux aussi peuvent être à long ou à court terme. Mais ils ne peuvent pas être à terme indéterminé, parce qu'autre-

ment ils n'auraient pas le caractère obligatoire et, par là, la qualité de contrat.

Chacune de ces deux espèces de contrats peut avoir ce caractère successif ou différé, soit en vertu de la loi, c'est-à-dire de par leur nature, c'est le cas pour la plupart, soit en vertu de la volonté des parties, c'est le cas pour la vente à tempérament (contrat successif) ou la vente à crédit (contrat à terme).

La différence qui existe dans la nature de leur exécution entre les contrats à exécution périodique et les contrats à terme, n'a en effet aucune importance pour l'intervention de la théorie de l'imprévision ; la question d'application de celle-ci se pose tout à fait pareillement dans les uns comme dans les autres. On pourrait même dire qu'un contrat à exécution successive se compose, en ce qui concerne les intervalles entre deux échelons, de plusieurs contrats à terme, selon l'équation : l'intervalle entre deux échelons dans le premier = l'intervalle entre la formation et l'exécution dans le second (1). Néanmoins cette différence pourrait peut-être jouer un certain rôle quant aux effets de la théorie de l'imprévision, ce que nous démontrerons au cours de notre étude, mais quant à son application, elle est absolument indifférente.

1) Il ne faut pas penser que nous voulons dire par là que le contrat successif comme tel se compose de plusieurs contrats à terme, en déterminant ainsi à l'avance sa nature juridique. Nous avons tout simplement souligné qu'au point de vue de la pause entre une exécution périodique et la suivante dans le premier et la formation et la fin dans le second, il y a une identité presque absolue, car dans les deux cas le débiteur peut également être surpris par la survenance d'un événement imprévu, comme l'augmentation subite d'un impôt ou d'un droit de douane, qui aggravera sa situation soit pour la prochaine exécution périodique (contrat successif), soit pour l'exécution du contrat (contrat à terme). En effet, la doctrine connaît une vive discussion sur la nature juridique du contrat successif, qui est fort intéressante, discussion qui fut provoquée justement à propos de la théorie de l'imprévision, mais nous la laissons pour l'instant à part. — Voir *infra*, p. 437.

Section B.

CONTRATS COMMUTATIFS ET CONTRATS ALÉATOIRES

En dehors des contrats à exécution instantanée, il est encore une catégorie de contrats pour lesquels notre théorie n'a aucun intérêt. Dans les premiers, la raison de cette absence d'intérêt est un obstacle de caractère technique, une impossibilité physique, si l'on peut dire. Dans les seconds, comme on va le voir, elle tient à leur nature juridique. Cette deuxième catégorie comprend notamment les contrats aléatoires. En effet, pour que la théorie de l'imprévision puisse intervenir comme remède dans un contrat dont l'économie est subitement bouleversée, il faut qu'il soit commutatif et non pas aléatoire ; autrement dit, il faut que dans ce contrat les parties respectives sachent ce qu'elles doivent l'une à l'autre, que chacune d'elles s'engage à donner ou à faire une chose qui est regardée comme équivalent de ce qu'on lui donne ou de ce qu'on fait pour elle (art. 1104, al. 1^{er} du Code civil). Dans ce cas là seulement la théorie de l'imprévision a sa raison d'être, parce que son but est précisément de rétablir l'équivalence entre les prestations, équivalence altérée par l'événement imprévu. Si, au contraire, les parties elles-mêmes ont délibérément placé cette équivalence dans la dépendance d'un événement dont la survenance est incertaine, en escomptant l'une sa non-réalisation et l'autre sa réalisation, événement qui apportera un gain à l'une et une perte à l'autre (art. 1104, al. 2), alors on ne peut pas parler d'une protection contre cet événement, parce que c'est à lui-même qu'on doit l'existence du rapport juridique. Admettre la théorie de l'imprévision dans cette matière, ce serait abolir les dispositions du Code qui en parlent, et faire interdire cette espèce de contrat par un pouvoir qui est le pouvoir judiciaire et qui n'est pas compétent pour cela.

La plupart des contrats usuels sont des contrats commutatifs. Les contrats aléatoires sont des contrats exceptionnels dont le nombre et l'espèce sont très limités par la loi, laquelle soumet certains d'entre eux à un régime

spécial à cause de leurs conséquences fâcheuses pour la société. L'art. 1964 du Code civil, après avoir répété leur définition déjà donnée à l'art. 1104, al. 2 précité, les énumère comme suit : le contrat d'assurance, le prêt à la grosse aventure, le jeu et le pari et le contrat de rente viagère. En analysant chacun de ces contrats, on révèle vraiment l'esprit de hasard qui les anime. Mais cet esprit ne se présente pas pour tous de la même manière. En général, ils sont tous aléatoires. Cependant, lorsqu'on compare, par exemple, le contrat d'assurance ou de rente viagère d'une part avec le jeu et le pari d'autre part, on aperçoit une grosse différence qui n'est pas sans importance pour nous, qui est même très significative pour le sujet qui nous occupe. Ainsi, le jeu et le pari sont les contrats aléatoires à terme ; l'assurance et la rente viagère à exécution successive. De là découlent les conséquences suivantes : Dans les premiers, l'événement envisagé est incertain, de même que dans les seconds : la hausse ou la baisse du prix de l'objet du contrat (jeu de bourse, marché à terme dit à découvert) ou la mort du crédirentier (rente viagère) ou l'incendie (assurance). Et c'est l'essentiel : ce qui constitue l'aléa, c'est cette éventualité. Mais l'influence de celle-ci sur les deux espèces de contrats est différente. Dans le jeu et le pari elle consiste dans la disproportion des prestations entières acceptées à l'avance sans qu'elles soient au juste connues. Dans la rente viagère et dans l'assurance, ce n'est pas la disproportion des prestations périodiques dont on ignore l'éventualité lors de la formation du contrat, c'est simplement celle du nombre de celles-ci, c'est-à-dire de la totalité des obligations comme dans le cas précédent : si le débirentier paye au crédirentier un nombre d'arrérages notablement inférieur à la normale, par rapport à ce qu'il a reçu comme contre-partie, il gagne, il profite de l'événement survenu (la mort du crédirentier), et vice-versa. Il en est de même dans l'assurance. Mais le montant des arrérages de rente et des primes d'assurance n'est pas absolument aléatoire. Si, par exemple, il survient une baisse exorbitante de valeur de la monnaie dans un contrat de rente viagère, le crédirentier, supposons un écrivain qui a vendu son droit d'auteur à un éditeur, ne reçoit plus qu'une fraction de ce qui avait été

fixé primitivement et de ce qu'il recevait. Il ne peut plus continuer à vivre avec cette somme-là et, de plus, il ne peut plus nulle part placer son œuvre littéraire, parce qu'il l'a vendue tout entière. Que fera-t-il alors ? Est-ce que l'éditeur pourra invoquer le caractère aléatoire du contrat, pour ne pas augmenter sa rémunération ? Non, la théorie de l'imprévision est parfaitement applicable. Les exécutions périodiques du contrat sont à caractère commutatif, ce n'est que la totalité de la rente qui est aléatoire, comme c'est le cas du jeu et du pari ; les prestations partielles ne le sont pas.

Section C

CONTRATS SPÉCULATIFS

Quid des contrats qui ne sont ni parfaitement aléatoires ni parfaitement commutatifs, qui sont, en un mot, spéculatifs ? En réalité, tous les contrats à exécution successive ou différée impliquent soit pour le créancier, soit pour le débiteur, soit pour les deux parties, un risque à courir. C'est inhérent à la nature de ces contrats. Pourtant, il y a une distinction à faire. A part les contrats purement aléatoires, dont on a déjà parlé, il y en a d'autres qui sont plus ou moins spéculatifs. Ainsi dans le louage ou dans la concession de fourniture de gaz, la spéculation est d'ordre secondaire ; elle existe dans la mesure où la durée du contrat l'exige. La chance de gain ou de perte, qui est incluse, ne doit entraîner de lésion ni pour l'un ni pour l'autre des contractants, car le contrat a été formé en tenant compte d'un certain équilibre entre la valeur des prestations promises et les avantages divers qui en constituaient la contrepartie. Cet équilibre peut se trouver, par l'effet du changement des circonstances primitives, altéré à un certain degré ; mais cette altération ne doit pas aller au-delà de la limite qui pourrait enlever toute utilité au lien contractuel pour la partie lésée. Cela, parce que les partenaires n'ont pas escompté réaliser un profit au détriment l'un de l'autre, mais bien au contraire, ils ont eu l'intention de répondre au service rendu par un service équivalent. — D'autre part, il y a des contrats, tels que le marché à liyrer,

dans lesquels le but spéculatif est la raison majeure de leur formation. Et c'est là que se pose la question de l'intervention de la théorie de l'imprévision. Peut-on admettre qu'une hausse exceptionnelle du prix des marchandises qu'on est tenu de livrer peut constituer un cas d'imprévision, étant donné que c'est précisément en prévision de la variation des cours que les contractants ont décidé de traiter ? A première vue, il n'y a pas de raison pour que ce soit possible, car la considération du hasard a été le motif déterminant du contrat. Cependant, à analyser la question de plus près, il n'en est rien, parce que ce hasard doit avoir pour limite un risque maximum que l'on a pu envisager, sur les bases de l'expérience, lors du contrat. On ne peut pas admettre que ce risque aille à l'infini et soit sans bornes. Si la hausse des cours atteint un chiffre exceptionnel et extraordinaire, tel qu'on n'en a jamais vu dans l'histoire, comme pendant la guerre de 1914-18, par exemple, les limites normales de ce risque se trouvent certainement dépassées. Par conséquent, en jugeant logiquement et en tenant compte des faits, rien ne peut s'opposer à ce que la théorie de l'imprévision intervienne dans ces contrats, à condition, toutefois, que ses effets y soient plus modestes et qu'on l'y applique avec plus de réserves que dans les autres, où la spéculation n'est pas le but évident du contrat. A l'appui de cette affirmation on peut invoquer la loi du 21 janvier 1918, dont les dispositions, admettant la théorie de l'imprévision, concernaient les conventions où la spéculation est généralement le but poursuivi par les contractants : les marchés à livrer et les autres contrats commerciaux (art. 1^{er}) (1). On pourrait la justifier, de plus, par un argument tiré du Code civil lui-même. Il s'agit notamment de contrats aléatoires, contrats qui sont spéculatifs par excellence. Bien qu'ils soient admis par le législateur civil, celui-ci ne les voit pas d'un œil favorable. Ainsi, selon l'art. 1965, la loi n'accorde aucune action pour une dette de jeu ou pour le paiement d'un pari ; même pour les exceptions faites pour certains jeux, le tribunal peut rejeter la demande quand la somme

1) En ce sens : BRUZIN (André), *Essai sur la notion d'imprévision et sur son rôle en matière contractuelle*, thèse, Bordeaux, 1922, p. 356-357.

lui paraît excessive (art. 1966). En conséquence, le législateur ne considère les contrats de jeu et de pari que comme créant des obligations naturelles, non strictement obligatoires (art. 1967) ; elles ne peuvent devenir obligatoires par aucun moyen existant (ratification, transaction, cession, cautionnement, nantissement), sauf le cas de paiement volontaire (1). En ce qui concerne spécialement le jeu de bourse, où on a trop spéculé par des marchés à terme dits à découvert, le législateur l'a interdit (lois des 8 mai 1791 et 27 juin 1792, décret du 13 fructidor an III, loi du 28 vendémiaire an IV) ou l'a souvent limité (loi du 12 mars 1900). La loterie également n'est point vue avec faveur. Elle a été interdite toujours par le législateur intermédiaire (loi du 28 vendémiaire an II, décret du 25 brumaire an II, décret du 9 vendémiaire an VI) de même que par le législateur postérieur à la révolution (lois des 22 février 1829, 21 avril 1832 et 21 mai 1836), n'étant permise qu'à titre exceptionnel. — Par conséquent, le hasard et le risque, même dans les contrats dont le but unique n'est que de les rechercher de la façon la plus brutale, ne sont pas considérés comme une institution humaine par notre droit légal. A plus forte raison ne peuvent-ils pas l'être dans les contrats qui sont simplement spéculatifs, et non pas aléatoires. Et non seulement ils ne peuvent pas, *a fortiori*, être considérés comme moraux et sociaux, mais ils doivent être condamnés, parce que la nature de ces contrats est beaucoup plus constructive et sérieuse que celle des contrats aléatoires.

Section D

CONTRATS A TITRE ONÉREUX ET CONTRATS A TITRE GRATUIT

La nature des contrats à titre gratuit s'oppose-t-elle à l'intervention de notre théorie, vu leur caractère particulier qui les fait distinguer des contrats à titre onéreux, jusqu'à présent exclusivement envisagés ? Tandis que dans

1) CONS. : G. BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL (Albert), *Des contrats aléatoires, du mandat, du cautionnement, de la transaction*, t. XXIV, 3^e édition, nos 85-139 et la jurisprudence citée par eux.

les contrats à titre onéreux, chacun des contractants poursuit un avantage personnel, contre-partie de celui qu'il procure à l'autre, où l'obligation de l'un est la cause de celle de l'autre, — les contrats à titre gratuit sont des contrats de bienfaisance : le donateur diminue son patrimoine, en en cédant une partie au donataire pour l'enrichir sans recevoir aucune valeur matérielle en échange ; la seule contre-partie qu'il reçoit est le plaisir de gratifier celui qui, selon sa conviction, mérite de l'être. En s'exprimant en langage juridique, la cause de son obligation est son propre *animus donandi*, son désir de faire une largesse à une personne déterminée (*intuitu personae*).

Etant donné que ces contrats sont susceptibles, eux aussi, d'être faits avec exécution successive ou différée, le fait imprévisible peut altérer leurs buts et empêcher ainsi la réalisation des résultats escomptés. Le donataire qui a subi un coup inattendu peut-il demander un supplément à son donateur jusqu'à concurrence de la valeur du don initialement déterminée ? A première vue, cela paraît très possible, parce que le donateur avait décidé de gratifier son donataire de telle ou telle somme d'argent, en vue d'un certain effet. Par suite de l'événement imprévu, cet effet a certainement été diminué. Donc, sa volonté ne s'est pas réalisée dans toute sa plénitude. D'autre part, le donataire a consenti à participer à ce contrat, en escomptant l'effet qui a manqué. Lui aussi, il n'a pas vu se réaliser sa volonté. Par conséquent, rien ne s'opposerait à ce qu'on applique la théorie de l'imprévision en cette matière. Mais, étant donné le caractère plutôt moral qu'économique du contrat, il est très malaisé de soutenir une thèse pareille. Ce serait trop incorrect de la part du donataire, s'il intentait une demande contre son bienfaiteur ; le droit qui admettrait une action semblable ne tiendrait pas compte de l'élément moral qui est en jeu et qui risquerait d'être compromis. Il en résulte que la théorie de l'imprévision est tout au moins inopportune sinon dépouillée de toute base juridique. D'un autre côté, si l'*animus donandi* existait vraiment à l'heure du contrat, le donateur corrigera lui-même le fâcheux effet de l'événement survenu ; il n'admettra pas que son idée bienfaisante à laquelle il tenait tant, ne se réalise pas. Donc, il

faut laisser à sa propre initiative le soin de faire disparaître l'altération qui s'est produite, ce sera plus correct et plus moral (1).

Section E.

CLAUSE EXPRESSE DE PRÉVISION DE L'IMPRÉVISION OU D'EXCLUSION DE L'IMPRÉVISION

Dans les contrats que nous venons d'indiquer comme susceptibles de se prêter, le cas échéant, à l'intervention de la théorie de l'imprévision, on suppose habituellement qu'il n'est rien dit à ce sujet dans leurs dispositions, c'est-à-dire qu'elles ne prévoient aucune modification quant au sort du contrat, si les circonstances changent au cours de son existence. Mais la pratique journalière nous fournit des exemples de cas où une clause expresse figure dans le texte du contrat, d'après laquelle l'effet du contrat sera suspendu, éteint ou modifié (prévision de l'imprévision), ou bien qu'il restera intact quoi qu'il arrive (exclusion de l'imprévision). Quel rôle aura donc notre théorie en cette occurrence ? Y a-t-il encore lieu d'en parler ou est-ce superflu ? Avant de se prononcer définitivement pour ou contre sur cette question, assez délicate d'ailleurs, on doit dire, à titre préliminaire, que les mêmes arguments s'opposent à ce que la théorie de l'imprévision intervienne dans les contrats où il existe soit l'une soit l'autre de ces deux clauses, ce qui constitue un trait commun entre elles, bien qu'elles soient tout à fait opposées l'une à l'autre. Si les contractants sont tombés d'accord pour qu'en cas de changement dans les circonstances postérieures à la passation du contrat, tel qu'on n'a pu raisonnablement le prévoir, le contrat soit adapté au nouvel état de choses, ou si, au contraire, ils se sont entendus pour que le contrat reste tel quel, quoi qu'il arrive, — la théorie de l'imprévision n'a rien à faire ni dans le premier ni dans le second cas. Cette affirmation paraît parfaitement logique, lorsqu'on se réfère au texte formel du Code, spécialement à l'art. 1134, al. 1^{er}, qui dispose que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Puisque les parties ont

1) Il en est de même pour les contrats désintéressés. Voir : *infra*, p. 277-278.

précisé leur volonté commune, on n'a qu'à la respecter pieusement de part et d'autre. Dans le premier cas, on n'a qu'à adapter le contrat aux nouvelles circonstances, de la manière que les parties ont précisée ; dans le deuxième, le contrat doit triompher de toutes les imprévions, de toutes les surprises, quelle que soit leur nature, quelles que soient leurs conséquences. Mais, examinée d'un peu plus près, la situation se présente différamment. Pour l'analyser, il faut tout d'abord séparer les deux hypothèses, car leur caractère n'est pas le même.

1° *La prévision de l'imprévision.* — Si les parties contractantes ont inséré dans leur contrat une clause expresse d'après laquelle le contrat sera, en cas de changement de circonstances, suspendu, rectifié ou complètement abandonné, on suivra, en principe, leur volonté. Mais cette prévision peut être exprimée de plusieurs façons. Les parties peuvent préciser son application, ou ne pas la préciser. Dans le premier cas, l'imprévision doit fonctionner dès qu'un changement surgit, bien qu'il soit minime et très peu sensible pour l'une ou pour l'autre des parties. C'est à elles, d'ailleurs, de dire si l'adaptation aura lieu en présence de tout changement ou à partir d'un certain point. Quoi qu'il advienne, on doit s'y conformer sans rien dire. Dans le second cas, nous ne croyons pas que la même solution puisse servir. Etant donné que les contractants n'ont pas fixé de point de départ dans leur prévision, il est plus normal de le fixer à partir du moment où l'équilibre des prestations réciproques sera sérieusement menacé, que de tenir compte de toute variation possible, voire tout à fait infime. Cela dépendra toujours de la nature du contrat, de sa durée, de la valeur des obligations assumées, de l'époque où on l'a négocié, etc.

En général, lorsqu'on est en présence d'une clause de cette nature, l'application de notre théorie n'entraîne aucune difficulté de principe. Même dans le cas de l'imprécision des prévisions, où, d'après nous, le juge a le pouvoir de déterminer l'étendue de la volonté exprimée, aucun obstacle d'ordre légal ne surgit contre ce pouvoir, puisque c'est un pouvoir d'interprète que la loi, elle-même, lui reconnaît (art. 1156 et suiv. du Code civil). Pour cette rai-

son, nous sommes d'avis que la théorie de l'imprévision, telle qu'elle se présente à notre esprit, n'a aucun but à atteindre dans la conjoncture ci-dessus.

2° *L'exclusion de l'imprévision.* — Les contractants ont écarté la possibilité d'une modification dans l'exécution du contrat, en dépit de toute variation des circonstances primitives dans lesquelles le contrat a été élaboré. Cette exclusion peut être stipulée par l'une ou par les deux parties en cause. Selon le principe « convention-loi », édicté par l'art. 1134, al. 1^{er} et 2 du Code civil, l'application de la théorie de l'imprévision ne peut alors être justifiée, à moins qu'on ne veuille violer le postulat suprême de notre droit actuel : la liberté conventionnelle. Bien qu'il en soit ainsi, une distinction nous paraît nécessaire. Premièrement, il se peut que le débiteur prenne à sa charge tous les risques possibles qui puissent survenir par suite d'événements postérieurs à la conclusion du contrat, quels que soient leurs effets et leurs conséquences sur l'exécution de ses engagements, même si cette exécution devient irréalisable. Cette espèce d'engagement est prévue par le Code civil, lui-même, en matière de baux à ferme : « à moins que le preneur n'ait été chargé de tous les cas fortuits prévus ou imprévus » (art. 1773, al. 2, *in fine*). Par conséquent, si l'économie du contrat, avant que les prestations qu'il contient soient accomplies, subit de telles altérations que le débiteur ne peut pas s'acquitter sans sacrifier tout son patrimoine, il en sera nonobstant tenu ; cela par argument *a fortiori*, car, dans le cas où cet acquittement devient non seulement économiquement, mais matériellement impossible, il n'en est pas dispensé non plus comme il l'aurait été, d'après les principes de la force majeure et du cas fortuit (art. 1147 et 1148 du Code civil), s'il n'avait pas intentionnellement écarté leur application, en restant toujours dans l'obligation de payer des dommages et intérêts pour inexécution du contrat (art. 1184). Cet engagement outrancier du débiteur a habituellement toujours une raison qui le justifie. Il l'assume soit parce que la conclusion du contrat lui paraît très avantageuse, et qu'il espère que de grands changements ne se produiront pas, soit parce qu'il obtient une contre-partie correspondante. Or, si rien, dans le contrat, ne permet de le supposer, on peut se demander

si la convention a été librement conclue, si elle ne contient pas un vice de consentement et n'est pas, en un mot, viciée et caduque. — D'autre part, si le débiteur s'engage à respecter le contrat en dépit de tout cas fortuit, sans préciser l'étendue de sa charge, cette stipulation ne s'entend que pour les cas fortuits ordinaires, tels que : grêle, feu du ciel, gelée ou coulure (art. 1773, al. 1^{er}). Elle ne s'entend pas des cas fortuits extraordinaires, tels que : ravages de la guerre ou inondation, auxquels le pays n'est pas ordinairement sujet... (al. 2 du même art.). En ce cas, le débiteur n'est tenu de s'exécuter qu'en cas d'événements qui ont un caractère régulier, qui ne sont pas de nature à surprendre (sens du mot « ordinaire »), tandis qu'en cas d'événements dont la survenance dépasse la prévoyance de l'homme pratique, du contractant moyen, il n'en est pas tenu (1). Il en résulte que si le débiteur, supposons un fournisseur de gaz, s'est engagé vis-à-vis de son créancier, une administration publique par exemple, à lui fournir du gaz à tel prix le mètre cube, nonobstant les variations qui pourraient survenir, et si cet engagement a été pris à une époque relativement tranquille et normale, avant la guerre de 1914-18, supposable, il ne faut pas considérer cette obligation comme valable pour une époque troublée comme l'était celle de la Grande guerre, époque qui, dans ses conséquences fâcheuses sur l'économie des contrats, n'a pas eu de précédents dans toute l'histoire de l'humanité. Prenons comme exemple le contrat conclu entre la Compagnie Générale d'Eclairage de Bordeaux et la ville de Bordeaux en 1904. Les parties avaient prévu une échelle de variations du coût des matières premières et des prix correspondants. Le cahier des charges avait fixé le prix du mètre cube à 8 centimes pour l'éclairage des voies et places publiques ; à 17 centimes pour l'usage des particuliers et à 16 centimes pour l'usage industriel. Ce calcul avait été fait sur la base du coût du charbon à l'époque du contrat ; une tonne de charbon coûtait alors 23 francs, y compris le transport à

1) Nous avons choisi cette disposition légale pour mieux corroborer notre raisonnement ; elle ne peut pas lui servir de soutien légal, parce qu'elle ne vise que les cas fortuits, dont les effets sont différents de ceux des cas imprévisibles. — Voir : *infra*, p. 156-161.

l'usine et tous les frais. La variation prévue devait se faire suivant une double échelle descendante et ascendante, de telle sorte que chaque diminution ou augmentation de 1 fr. sur le coût de la tonne de charbon, devait correspondre à une diminution ou à une augmentation de 0,002 sur le tarif du mètre cube. La majoration du prix du gaz ne devait pas, à la suite de ces variations, dépasser 8 centimes pour l'éclairage public, 18 centimes pour l'éclairage domestique et 17 centimes pour celui de l'industrie. — En faisant cette prévision, on avait en vue des changements de prix du charbon qui avaient eu lieu jusqu'à cette époque. A Paris, par exemple, ils avaient tendance à se fixer entre 20 et 22 francs la tonne : moyenne annuelle - 22 frs - 230 ; 21 frs - 983 ; 20 frs - 875 ; 20 frs - 873 et 21 frs - 81, y compris même l'année 1913. En 1874, du fait de la guerre avec la Prusse, ils étaient un peu plus élevés — 28 frs - 40. Donc, le maximum que les parties avaient pu prévoir ne dépassait certainement pas 30 frs la tonne. Mais, les conséquences de la guerre de 1914-18 ont fait augmenter le coût du charbon bien au-delà de ce maximum. Ainsi, en mars 1915, à 44 frs ; en décembre 1915 à 73 frs ; en mars 1916 à 117 frs (1). Cela dépassait quatre fois les prévisions raisonnables et les seules prévisibles. Il n'y avait donc pas de raison pour que la théorie de l'imprévision n'intervienne pas, malgré les prévisions des parties contractantes. Elles n'étaient faites que pour des cas normaux ou tout au moins pour des changements accessibles à l'esprit humain.

Section F

CONTRATS PORTANT SUR UNE SOMME D'ARGENT ET SPÉCIALEMENT CONTRATS DE PRÊT DE CONSOMMATION

Cette catégorie de contrats ne présente, quant à sa nature, aucune particularité spéciale qui pourrait s'opposer à l'application de la théorie de l'imprévision. Les contrats portant sur une somme d'argent sont presque tous des contrats envisagés ci-dessus comme susceptibles d'être soumis à notre théorie. La pratique nous en offre très peu d'exem-

1) Cods. : SAINT-MARC (Pierre), *De l'imprévision dans les contrats administratifs*, thèse, Paris, 1918, p. 75.

ples parmi les contrats dont l'objet porte pour les deux contractants sur autre chose que de l'argent (bail rural dit colonat partiaire, échange). Si nous parlons des contrats portant sur une somme d'argent et spécialement des contrats de prêt d'argent, c'est pour une tout autre raison. Il s'agit, notamment, de la question suivante : la théorie de l'imprévision peut-elle intervenir au cas où la valeur intrinsèque de l'argent, comme mode de paiement, augmente ou diminue entre la conclusion et l'exécution de ces contrats, indépendamment de la hausse des prix due à d'autres facteurs (raréfaction des marchandises, superproduction, etc.). Il s'agit plus précisément de la question de savoir si elle peut intervenir à des époques spéciales comme les époques de l'inflation et de la déflation. Ce problème n'a presque jamais été soulevé par les auteurs qui ont traité de la théorie de l'imprévision (1). Nous aurions pu également le passer sous silence, en suivant l'exemple devenu traditionnel. Mais nous avons estimé que notre travail ne serait pas complet, si nous ne touchions pas à ce problème pour le fouiller d'un peu plus près, car toutes les guerres, toutes les crises économiques, qui ont provoqué des bouleversements dans l'économie des contrats, ont été suivies de réformes monétaires (inflation, déflation, stabilisation), et il est très difficile de séparer ces deux phénomènes l'un de l'autre. Quand on parle de la théorie de l'imprévision en cas de changement des circonstances en vue desquelles on a contracté, par la suite de la hausse des prix, il est impossible de tracer la limite au-delà de laquelle cette hausse (ou quelquefois cette baisse) a été causée par la raréfaction (ou la superproduction) et en deçà de laquelle elle a été causée par l'inflation (hausse) ou la déflation de la monnaie (baisse).

Cependant, le problème est très complexe et très délicat et impose une longue discussion tout aussi bien pratique que théorique. Il en est d'autant plus ainsi qu'il n'est pas encore absolument certain qu'il puisse y avoir une clause expresse dans un contrat de cette nature en vue de

1). Voir, par exemple, Fyot (Louis), *Essai d'une justification nouvelle de la théorie de l'imprévision à l'égard des contrats portant sur des objets autres qu'une somme d'argent*, thèse, Dijon, 1921.

parer aux inconvénients de l'instabilité monétaire issue généralement du régime du cours forcé. On discute, notamment, encore sur la question de la validité juridique des clauses « or » ou « valeur-or » insérées dans le contrat ayant pour objet le paiement d'une certaine somme d'argent en temps de cours légal avec effet en temps de cours forcé, c'est-à-dire faites en période normale pour une période de crise économique et monétaire.

Nous serons obligé de parler tout d'abord de la validité de ces clauses expresses à titre de question préalable, pour pouvoir en tirer les conclusions nécessaires en ce qui concerne le problème de l'intervention de notre théorie dans cette catégorie de contrats, au cas où il n'y a aucune clause prévoyant des variations monétaires, domaine qui est exclusivement le nôtre. Si nous arrivons à une solution favorable quant à la validité juridique des dites clauses, par là même nous aurons déjà le champ libre pour l'intervention de la théorie de l'imprévision dans ce domaine.

Nous traiterons de cette question en supposant uniquement une baisse de la monnaie par suite d'inflation. Le problème de l'imprévision se présente ici non plus au profit du débiteur, que les conséquences des événements imprévisibles font souffrir le plus souvent, mais au profit du créancier, qui est la seule victime des effets de l'inflation. Cela ne veut pas dire que nous négligerons totalement l'envers de la question : la déflation dont l'effet est inverse. Nous posons ainsi la question, simplement pour abréger notre exposé, car les solutions données en ce qui concerne l'inflation seront également utiles pour le cas de la déflation, seulement au sens inverse.

§ 1^{er} : *Validité juridique des clauses « payable en or »
et « payable en valeur-or »*

En principe et d'après la règle de la liberté des conventions (art. 1134 du Code civil), les contractants sont libres de choisir la monnaie dans laquelle ils veulent que la dette soit acquittée, ce qui veut dire qu'ils sont autorisés à choisir soit la monnaie métallique française, soit la monnaie étrangère, soit les billets de la Banque de France ou de la Banque d'Algérie comme mode d'acquittement. Cette faculté est même explicitement consacrée par l'article 143 du

Code de commerce à propos de la lettre de change, laquelle « doit être payée dans la monnaie qu'elle indique ». Il en est ainsi dans le cas où une convention spéciale est intervenue à ce propos. S'il n'y a pas de convention à ce sujet, le débiteur est tenu de s'acquitter soit en monnaie métallique française, soit en billets de la Banque de France, en France, ou de la Banque d'Algérie, en Algérie. Si une convention est intervenue, elle prévoit, d'habitude, le paiement en or (clause « or ») ou en papier représentant la valeur en monnaie d'or de la prestation convenue (clause « valeur-or ») ou en une monnaie étrangère, supposons le dollar, qui est la plus stable par rapport au change international, ou en denrées, en marchandises (clause « payable en marchandises »). Toutes ces sortes de clauses sont utilisées pour se prémunir contre les dépréciations éventuelles de la valeur intrinsèque de la monnaie nationale, et sont permises, comme il en a été déjà dit, en temps de cours légal, en période de vie économique normale. Mais que se passera-t-il, s'il se produit un abaissement du titre de la monnaie métallique, comme il a été réalisé par les lois du 25 juin 1928 et du 1^{er} octobre 1936, ou en cas de cours forcé du billet de banque, comme il a été établi par la loi du 5 août 1914 et, dernièrement, par la loi du 1^{er} octobre 1936 ? La liberté contractuelle reste-t-elle encore entière en de telles circonstances ? Les contractants peuvent-ils encore utiliser ces différentes clauses ? Peuvent-ils encore se prévaloir des clauses insérées dans leur contrat antérieurement à ces périodes de crise et d'insécurité ? Autrement dit, les contractants peuvent-ils, en temps de cours forcé, stipuler la clause « or » ou « valeur-or » et s'en prévaloir si le cours forcé dure encore au moment du paiement, et ont-ils le droit de demander, pendant cette période, le respect de ces clauses, lorsqu'elles ont été inscrites dans un contrat passé avant elle ? Ce sont les questions qui ont été fort discutées en doctrine, qui se partage à ce sujet en deux courants opposés, questions que la jurisprudence a résolument tranchées. De la réponse à celles-ci dépend la solution du problème consistant à savoir si la théorie de l'imprévision peut ou ne peut pas intervenir dans les contrats portant sur une somme d'argent au cas où aucune clause de ce genre n'est intervenue pour remédier aux sur-

prises, provoquées par les dépréciations monétaires, qui résultent d'un acte des autorités publiques. Mais avant d'y répondre, on doit préciser tout d'abord le sens des notions : « cours légal » et « cours forcé ». — On est en présence d'un cours légal lorsqu'à côté de la monnaie métallique (en or, en argent ou en d'autres métaux), il y a des billets émis par la Banque de France ou la Banque d'Algérie que les caisses publiques et les particuliers sont tenus de recevoir comme monnaie libératoire, et qui sont, en outre, convertibles, c'est-à-dire remboursables à vue en or par les banques qui les ont émis (ou en argent avant la loi du 25 juin 1928) dès qu'ils sont présentés à leurs guichets. Par conséquent, le cours légal suppose toutes sortes de monnaies, monnaies métalliques ainsi que monnaie-papiers, qui sont tout à fait égales entre elles, parce que toutes peuvent être transformées en métal. Les particuliers sont autorisés à choisir n'importe laquelle pour leurs paiements. Ils peuvent insérer dans leurs contrats soit la clause « payable en or », soit celle « en valeur-or » de même qu'en une monnaie étrangère ou en telles marchandises. La liberté contractuelle reste intacte. Mais s'ils ne prévoient rien de spécial, le créancier doit se contenter de la monnaie qui a le cours officiel, soit de la monnaie métallique, soit du papier-monnaie. Celui qui aurait refusé « de recevoir les espèces et monnaies nationales, non fausses ni altérées, selon la valeur pour laquelle elles ont cours » serait puni, d'après l'article 475 du Code pénal, « d'amende depuis six francs jusqu'à dix francs inclusivement ». Le cours légal n'est rien d'anormal dans la vie économique. Pour la première fois, il fut instauré en 1848 et depuis la loi du 12 août 1870 il ne fut jamais plus supprimé. Avant ces dates, les billets de banque n'avaient pas la valeur légale libératoire, et si on les acceptait, ce n'était qu'en raison de la simple confiance qu'on avait en eux.

Le cours forcé est tout autre chose. Lorsqu'il a été décrété, et on ne le fait qu'en périodes de grandes crises (guerre ou révolution, le plus souvent), la Banque de France et la Banque d'Algérie sont dispensées de rembourser jusqu'à nouvel ordre leurs billets en espèces métalliques. Depuis la Révolution, cela est arrivé quatre fois jusqu'à présent : après la révolution de 1848, lors de la

guerre de 1870 et celle de 1914-18 et sous le Gouvernement de M. Blum, en 1936. Cette mesure correspond à un moratoire ; elle est toujours passagère et marque une époque où le salut national exige que l'encaisse métallique de la banque d'émission soit préservée pour pouvoir soutenir le crédit du pays à l'étranger. Alors, théoriquement, le système bi-monnaire persiste encore, quoiqu'on soit sous le régime du cours forcé, parce que ce n'est qu'un moratoire, qu'un ajournement des remboursements des billets de banque. Au point de vue pratique, il n'y a qu'une monnaie, monnaie de papier, la seule qui ait le cours officiel, la seule qui serve de moyen de paiement, parce que, étant donné que la banque ne rembourse plus ses billets en or et ne fait plus fondre d'espèces en or, les particuliers ne peuvent plus se faire payer ni s'acquitter en or, mais uniquement en monnaie ayant le cours forcé. De plus, le cours forcé provoque inévitablement tout d'abord une dépréciation de la monnaie courante, dépréciation qui provient de facteurs psychologiques se manifestant par le manque de confiance dans la monnaie qui est garantie par un Etat dont le sort est assez incertain, étant donné qu'il se décide à établir le cours forcé. Puis, il entraîne bientôt l'inflation résultant du besoin de l'Etat de faire des dépenses gigantesques ; pour satisfaire ce besoin, l'Etat est facilement poussé à se procurer les sommes nécessaires en faisant effectuer par la banque des émissions supplémentaires de billets. Plus d'argent sur le marché, sa valeur intrinsèque est moindre. Plus d'argent dans la circulation, le nombre d'espèces et de portefeilles qui le garantissent est moindre. Donc, la monnaie se déprécie, le coût de la vie augmente. Il apparaît une disproportion choquante entre la valeur d'avant et celle d'après le cours forcé de la monnaie nationale.

Une question se pose : les créanciers qui ont engagé leurs capitaux, leurs forces productives et leurs biens dans les contrats à long terme, peuvent-ils s'assurer contre le préjudice qu'ils risquent de subir par suite de l'établissement du cours forcé ? Peuvent-ils alors, par des clauses spéciales, écarter les conséquences préjudiciables que le cours forcé peut avoir pour leurs patrimoines ? Bref, les clauses « payable en or » ou « en valeur-or », comme tous

les autres succédanés de ces clauses (1) sont-elles valables, faites soit à l'époque antérieure au cours forcé, soit à celle contemporaine de son existence ? Pour répondre, deux considérations s'imposent : l'une juridique et l'autre économique.

1. - La doctrine traditionnelle et courante, en se plaçant au point de vue juridique, considère qu'en présence du régime du cours forcé les clauses « payable en espèces-or » et « payable en valeur-or » sont nulles et non avenues, étant donné que la loi qui établit ce régime est d'ordre public ; or, puisque les articles 6 et 1133 du Code civil prohibent les conventions contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs, cette solution paraît évidente. La loi établissant le cours forcé supprime toute autre monnaie qui ne consiste pas en billets de banque admis à la circulation officielle. Elle le fait parce qu'elle veut que le billet de banque ait la même valeur que la monnaie métallique retirée de la circulation. Elle crée cette fiction « franc égal franc » pour empêcher la chute de la monnaie nationale qui, à ce moment-là, ne peut consister qu'en papier, puisque l'intérêt suprême du salut public impose à l'Etat l'obligation de retirer le métal précieux pour ses paiements internationaux en or et au comptant et pour pouvoir payer plus facilement ses emprunts internes en papiers qui ne sont plus convertibles, après avoir fait augmenter son actif par des émissions supplémentaires. Si l'on agissait autrement, on enlèverait toute confiance dans le papier-monnaie et on provoquerait par là une dépréciation inouïe de celui-ci, dépréciation qui serait nuisible aux intérêts du pays et au commerce juridique. Alors, le débiteur qui a pris l'obligation de s'acquitter autrement, s'en trouve libéré : il ne peut s'acquitter que par le versement de la monnaie en circulation, c'est-à-dire par les billets de banque, bien que leur valeur soit de beaucoup inférieure à la somme qu'il a reçue. Il peut, en outre, opposer au créancier qui s'en tient à la lettre du contrat le cas de force majeure (art. 1147 et 1148 du Code civil), étant dans l'impossibilité de se procurer de l'or qui reste enfermé à la ban-

1) CAPITANT (Henri), *Les succédanés de la clause « payable en or »*, dans Dalloz Hebdomadaire, 1926, Chronique, p. 1-4, p. 17-20.

que. Telle est l'argumentation de la jurisprudence qui est, à partir de son arrêt de principe du 11 février 1873 (1), devenue constante (2).

Pour examiner l'exactitude de cette opinion, interprétons les textes du droit positif s'y rapportant.

Code civil. — L'article 1134 proclame la liberté conventionnelle comme principe suprême de l'organisation juridique actuelle : on peut convenir tout ce qui ne se heurte pas à l'ordre public et aux bonnes mœurs (art. précités), pourvu que le contrat soit librement consenti (art. 1108). En vertu de ce texte, les contractants sont libres de choisir, comme nous l'avons déjà dit, le mode de paiement, comme bon leur semble. En présence de plusieurs sortes de monnaies, à l'époque antérieure au cours forcé, ils sont entièrement libres de choisir l'or ou la valeur qui lui correspond. La survenance du cours forcé constitue-t-elle un obstacle d'ordre public à la réalisation de la convention légalement formée ? Ou bien, si elle ne constitue pas un tel obstacle, peut-elle être qualifiée de cas de force majeure en raison du manque d'or comme monnaie courante ?

L'art. 1243 dit : « Le créancier ne peut être contraint de recevoir une autre chose que celle qui lui est due, quoique la chose offerte soit égale ou même plus grande ». Partant, *a fortiori*, le créancier ne peut être contraint non plus de recevoir une chose de la valeur inférieure à celle qui fut l'objet du contrat. Or, le cours forcé qui provoque une baisse inévitable de la monnaie, imposerait au créancier une solution contraire à cette prescription formelle du Code. Est-ce juste ? La réponse dépend de la qualification de la loi établissant le cours forcé et du caractère de son influence sur les rapports juridiques antérieurs. L'art 1243 n'est que la conséquence naturelle de l'art. 1134.

1) Cass. civ. 11 février 1873, Sirey 1873, 1, 97 ; Dalloz, 1873, 1, 77, note BOISTEL.

2) Cons. : VOIRIN (Pierre), *Le sort du contrat contenant une clause « payable en or » ou « valeur-or »*, Revue critique de législation et de jurisprudence, 1926, p. 337 ; — GENY (François), *La validité juridique de la clause « payable en or » dans les contrats entre particuliers français en temps de cours forcé*, Revue trimestrielle de droit civil, 1926, p. 557 ; 1928, p. 5 ; — MATER (André), *Traité juridique de la monnaie et du change*, Paris, 1925.

L'art. 1246 décide : « Si la dette est d'une chose qui ne soit déterminée que par son espèce, le débiteur ne sera pas tenu, pour être libéré, de la donner de la meilleure espèce; mais il ne pourra l'offrir de la plus mauvaise ». — Offrir au lieu de l'espèce en or ou en valeur-or, comme le contrat le fixe, le billet de banque déprécié par la suite du cours forcé, n'est-ce pas offrir de l'espèce « la plus mauvaise » ? ce que la loi ne veut aucunement.

D'après l'art. 1895 : « L'obligation qui résulte d'un prêt en argent, n'est toujours que de la somme numérique énoncée au contrat. — S'il y a eu augmentation ou diminution d'espèces avant l'époque du paiement, le débiteur doit rendre la somme numérique prêtée, il ne doit rendre que cette somme dans les espèces et en cours au moment du paiement ». — Les articles précédents n'envisagent que les contrats en général. Selon leurs expressions claires et ne laissant aucun doute, il n'y a pas d'obstacle à ce que nos clauses soient valables même en temps de cours forcé. L'art. 1895 s'occupe spécialement du contrat de prêt d'argent et pour cette raison il nous intéresse particulièrement. Sa rédaction est un peu différente de celle des autres. N'est-ce pas la preuve qu'en matière de prêt le sens de la loi va à l'encontre de la liberté contractuelle, en l'abrogeant exceptionnellement ?

La lecture de ce texte nous pose trois problèmes à résoudre : envisage-t-il seulement le contrat de prêt ou tous les contrats portant obligation de somme d'argent, quelle qu'en soit la source ? — Est-il de caractère impératif, c'est-à-dire d'ordre public ou tout simplement de caractère dispositif, laissant la liberté aux parties contractantes de l'exclure par une convention contraire ? — Se rapporte-t-il au temps du cours légal et du cours forcé à la fois ou seulement au premier ? — Quant au premier problème, nous sommes d'avis que cet article peut s'appliquer à tous les contrats qui portent sur une somme d'argent, bien que son texte soit écrit en vue du contrat de prêt de consommation, car rien ne s'oppose à ce qu'il soit une règle de principe (1).

1) Dans ce sens : AUBRY et RAU, *Cours de Droit civil français*, 5^e édition, t. IV, n° 318, note 11 ; — PLANIOL, *Traité élémentaire de Droit civil français*, t. II, n° 419 ; — GENY, *op. cit.*, p. 583 ; — MARIN (Xavier), *La loi monétaire et les contrats en francs-or ou en monnaies étrangères*, Rev. trim. 1928, p. 857.

— En ce qui concerne le second, il y a un grand désaccord dans la doctrine. D'après les uns, l'art. 1895 est d'ordre public ; aucune convention contraire ne peut y déroger (1) ; selon les autres, il est de caractère dispositif, ce qui veut dire qu'il exprime la volonté tacite des parties contractantes n'ayant rien dit à ce propos et ayant, par conséquent, adopté la solution que leur propose la loi, c'est-à-dire que si elles ne veulent pas se soumettre au régime de cette dernière, elles peuvent y déroger par une convention contraire (2). Les premiers ne se basent que sur le sens grammatical du texte : « L'obligation qui résulte d'un prêt en argent, n'est toujours que de la somme *numérique* énoncée au contrat » et cela seulement d'après son premier alinéa, en négligeant le second qui envisage un cas qui ne se rapporte ni au cours légal ni au cours forcé, car il parle de « l'augmentation ou diminution d'espèces » et non pas du remplacement de l'espèce par le billet de banque. De plus, ils oublient les deux articles qui le suivent, l'art. 1896 et l'art. 1897, qui restreignent son étendue, en lui enlevant presque toute rigidité. L'art. 1896 dispose : « La règle portée en article précédent n'a pas lieu si le prêt a été fait en lingots ». Et l'article 1897 y ajoute : « Si ce sont des lingots ou des denrées qui ont été prêtés, quelle que soit l'augmentation ou la diminution de leur prix, le débiteur doit toujours rendre la même quantité et qualité, et ne doit rendre que cela ». Or, la loi, elle-même, offre aux parties un moyen simple d'échapper à la prescription principale : elles n'ont qu'à insérer dans leur contrat une stipulation de lingots d'or ou d'argent qui, traduite suivant le cours des métaux au jour de l'échéance, aboutira exactement au résultat qui semble être condamné par l'art. 1895. Partant, un tel état de choses ne peut nullement permettre que la prescription de l'art. 1895, si formelle qu'elle soit, puisse être considérée comme étant d'ordre public (3). Cela d'autant plus

1) Voir : NOGARO (Bertrand), *La clause « payable en or »*, Rev. trim. 1935, p. 21 ; — MARIN, *op. cit., loc. cit.* ; — VOIRIN, *op. cit.*

2) Voir en ce sens : MESTRE (Achille), Note au Sirey, 1923, 2, 121 ; — LABBÉ, Note au Recueil Sirey, 1872, 2, 162 ; — BOISTEL, Note au Dalloz, 1873, 1, 177 ; — MATER, *op. cit.*, p. 185 ; — GENY, *op. cit.*, p. 585 ; — JAMES (Emile), *La clause « payable en or » et le cours forcé*, thèse, Paris, 1924, p. 178-179.

3) Dans ce sens : GÉNY, *op. cit., loc. cit.*

qu'elle représente une dérogation à l'art. 1893 qui est d'une portée plus générale qu'elle. Il dit : « ...l'emprunteur devient propriétaire de la chose prêtée ; et c'est pour lui qu'elle périt, de quelque manière que cette perte arrive ». Alors, étant une exception à la règle, elle doit être interprétée étroitement, son sens ne peut s'élargir au-delà des limites que la loi lui a tracées. Il paraît que l'erreur est venue du mot « toujours » qui se trouve dans le texte. Mais cela ne veut pas dire autre chose que : « à quelque époque que ce soit » (1). — Enfin, cet article n'a rien à voir ni avec le cours légal ni avec le cours forcé, surtout avec ce dernier. Le Code civil a été promulgué en 1804. A cette époque, les billets de banque ne valaient pas grand'chose ; étant organisés pour la commodité du commerce, ils ne tiraient leur valeur que « de simple confiance ». Le cours légal fut institué par les lois monétaires spéciales seulement en 1848 d'abord et en 1870 ensuite. Ce fait historique, qui ne permet aucun doute, fait complètement écarter l'application de ce texte au domaine du cours forcé, car il lui est absolument étranger. Si l'on prétend soutenir la thèse lui attribuant un caractère impératif en raison du régime du cours forcé, caractère qui s'oppose à tout paiement ne consistant pas en billets de banque d'émission, il ne faut chercher aucun appui dans l'art. 1895 du Code civil. Son texte est clair : il ne vise que « l'augmentation et la diminution d'espèces », et il n'a rien à voir avec une émission de monnaie-papier assortie du cours forcé (2).

Les prescriptions du Code civil français ne constituent donc pas un obstacle à la validité juridique des clauses « or » et « valeur-or » insérées dans les contrats portant sur une somme d'argent à l'époque du cours légal et exécutoires à celle du cours forcé.

Code de commerce. — L'art. 143 dispose : « Une lettre de change doit être payée dans la monnaie qu'elle indique ». — Cette disposition, qui ne subit aucune restriction dans sa généralité, peut être étendue au billet à ordre en vertu de l'art. 187 du même code. Elle trouve encore un

1) Voir : JAMES, *op. cit.*, *loc. cit.*

2) Dans ce sens : GÉNY, *op. cit.*, p. 586.

écho dans l'art. 338 relatif aux assurances maritimes : « Tout effet dont le prix est stipulé dans le contrat en monnaie étrangère est évalué au prix que la monnaie stipulée vaut en monnaie de France suivant le cours à l'époque de la signature de la police ».

Les textes du Code de commerce sont explicitement favorables aux clauses en question.

Code pénal. — D'après l'art. 475, § 11 : seront punis « d'amende depuis six francs jusqu'à dix francs inclusive-ment... ceux qui auraient refusé de recevoir les espèces et monnaies nationales, non fausses ni altérées; selon la valeur pour laquelle elles ont cours ». — Cet article, qui est sans doute d'ordre public, paraît interdire la validité juridique des clauses « payable en or » ou « payable en valeur-or » en temps de cours forcé, parce qu'alors il n'y a qu'une monnaie nationale, monnaie-papier, qui est en circulation. Si l'on choisit donc une autre monnaie qui, durant le cours forcé, n'est pas une monnaie de paiement et si l'on refuse de recevoir la monnaie-papier, il semble qu'on soit soumis à la sanction pénale dudit article. Mais le bien fondé de cette opinion (1) n'est vraiment qu'apparent. Tout d'abord l'article précité date d'une époque (12 février 1810) où on excluait toute idée d'assimiler à jamais les billets aux monnaies. Le législateur pénal, aussi bien que le législateur civil, comme nous l'avons déjà remarqué, n'a donc pas pu songer au billet de banque en formulant cette règle; elle ne peut être appliquée qu'en temps de cours légal (2). Or, étant donné qu'à l'époque du cours légal il y a plusieurs monnaies de paiement, les parties peuvent choisir celle qui leur plaira. Le Code pénal interdit de refuser la monnaie de paiement qui, en cas d'absence d'une clause spéciale, dépend uniquement de la volonté du débiteur, mais il ne s'occupe pas de la monnaie du contrat qui dépend alors de la volonté du créancier ou, à mieux dire, de la volonté commune des parties en rapport. Par conséquent, l'art. 475,

1) Voir : NOGARO, *op. cit.*, p. 21.

2) Voir : MATER, *op. cit.*, p. 201. — En même sens : Ch. LYON-CAEN, Note au Sirey, 1920. 1. 193.

§ 11 du Code pénal, n'a aucun rôle à jouer dans la controverse et laisse l'effet juridique de nos clauses entièrement intact quoi qu'il arrive (1).

Lois spéciales établissant le cours légal et le cours forcé.

Loi du 12 août 1870, art. 1^{er} : « A partir du jour de la promulgation de la présente loi, les billets de la Banque de France seront reçus comme monnaie légale par les caisses publiques et par les particuliers » (cours légal) ; — Art. 2 : « Jusqu'à nouvel ordre, la Banque de France est dispensée de rembourser ses billets avec les espèces » (cours forcé). — Loi du 5 août 1914, art. 3 : « Jusqu'à ce qu'il en soit disposé autrement par une loi, la Banque de France et la Banque d'Algérie sont dispensées de l'obligation de rembourser leurs billets en espèces » (cours forcé). — Loi du 25 juin 1928, art. 1^{er} : « Les dispositions de l'art. 3 de la loi du 5 août 1914 qui établissent, à titre provisoire, le cours forcé des billets de la Banque de France sont abrogées ». Art. 3 : « La Banque de France est tenue d'assurer, au porteur et à vue, la convertibilité en or de ses billets » (cours légal). — Loi du 1^{er} octobre 1936, art. 1^{er} : « Est suspendue l'application des dispositions inscrites aux articles 2 et 3 de la loi monétaire du 15 juin 1928 » (cours forcé). Cette dernière loi est toujours en vigueur, c'est-à-dire qu'actuellement en France, on se trouve sous le régime du cours forcé (2).

Alors, après avoir attentivement lu la teneur des textes précités, spécialement des textes se rapportant au cours forcé, peut-on en déduire que leur caractère impératif s'oppose à la validité des clauses « payable en espèces-or » et « payable en valeur-or », comme la jurisprudence de la Cour suprême et la majorité de la doctrine le font ? A notre avis, c'est bien difficile à croire. Pourquoi ? Parce que la loi ne dit rien à ce sujet. La seule chose sur laquelle elle se prononce, c'est que la banque d'émission est temporairement dispensée de l'obligation de convertibilité de ses billets. Et c'est tout. Si l'on admet qu'une telle loi est d'ordre public en ce qui concerne le rapport entre la banque et les détenteurs de ses billets, on n'arrive pas à comprendre quelle influence cela peut avoir sur le rapport entre un dé-

1) En ce sens : JAMES, *op. cit.*, p. 198 ; — GÉNY, *op. cit.*, p. 588.

2) Cons. : SEDILLOT (René), *Histoire du franc*, Paris, 1939.

biteur et un créancier qui ont choisi comme monnaie de paiement l'or ou autre monnaie de compte, n'ayant pas d'autres rapports avec la banque que la faculté d'utiliser ses billets (1).

Pour que la protection de l'ordre public à un cas donné soit en jeu, il faut que la loi le dise, parce que c'est une exception à la règle. En principe, les lois civiles sont plutôt des règles dispositives ou supplétives de la volonté individuelle que des règles impératives ou prohibitives, et c'est justement ce qui les différencie des lois pénales et constitutionnelles. Leur but principal est de tracer les limites dans lesquelles pourra s'exercer la libre activité des particuliers. La réglementation des intérêts pécuniaires des individus doit être laissée à leur propre disposition, et non établie d'office par le législateur (art. 537, al. 1^{er} ; 1134, 1156, 1387 et 6, *a contrario*, du Code civil) (2). Par exception, cette liberté se heurte à ce qui est d'intérêt collectif, à ce qu'on appelle ordre public. Cette notion est un peu vague et très difficile à définir de façon à ce qu'elle englobe tous les cas possibles pouvant se présenter en pratique. Le Code civil ne l'a pas déterminée. A titre général, il a dit que les conventions particulières ne peuvent pas déroger aux lois qui intéressent l'ordre public (art. 6 et 1133 C. c.). Pas un mot sur la signification de ce qui est l'« ordre public ». Et c'est tout à fait normal. Une définition abstraite ne résoudrait jamais la question. Elle servirait de prétexte à un arbitraire bien dangereux, d'autant plus dangereux que la liberté d'action, qui est la base de l'organisation sociale actuelle, serait limitée par des freins très larges et très étroits à la fois, en la transformant en anarchie ou en la détruisant. Son étendue dépendrait alors du caprice. C'est pourquoi le Code Napoléon a préféré se prononcer dans chaque prescription, dans chaque loi qu'il a édictée, en mettant un accent spécial là où il s'agit de l'ordre public (3)

1) Dans ce sens : GÉNY, *Cours légal et cours forcé en matière de monnaie et de papier-monnaie*, Rev. trim. 1928, p. 15.

2) Comp. : CAPITANT (Henri), *Introduction à l'étude du droit civil*, 4^e éd., 1923, n° 25, p. 60.

3) Voir par exemple les articles : 307, 686, 791, 900, 946, 1130, 1133, 1172, 1382, 1387, 1443, 1451, 1674; 1965, 2220, du Code civil, et les articles : 22, 316, 347, 365, 598 du Code de commerce.

Il s'ensuit, que les règles concernant l'ordre public sont considérées comme exceptionnelles ; c'est pourquoi elles doivent avoir leur place précise dans la loi ou dans la règle juridique en général, pour pouvoir produire l'effet qui leur appartient. Sinon, la liberté reste illimitée ; la volonté individuelle agit sans obstacles. Dans cet ordre d'idées, les lois établissant le cours forcé n'apportent aucune restriction au régime contractuel, sauf le cas où elles se prononcent explicitement sur ce point. Les lois actuellement en vigueur n'en disent rien. Si elles frappent de nullité les clauses « or » ou « valeur-or », pourquoi ne se sont-elles pas exprimées à ce sujet ? Si elles l'avaient voulu, elles l'auraient fait, comme c'était le cas de la loi française du 12 août 1870, art. 2 (1) et de l'ordonnance allemande du 28 septembre 1914, § 1^{er} (2).

En demandant un texte précis sur le caractère d'ordre public de l'interdiction des clauses en question pour reconnaître leur nullité en temps de cours forcé, nous ne voulons pas dire par là que nous nions toute l'œuvre créatrice de la jurisprudence. Au contraire, il est indéniable que le phénomène de l'ordre public, ainsi que tous les autres, quoiqu'il soit un peu spécifique, représente une valeur sociale, donc évolutive, changeable, dans la dépendance des forces dynamiques qui font mouvoir le progrès de la vie commune. De la sorte, il est bien possible que la jurisprudence, étant en contact immédiat avec l'immense variété de la réalité, proclame la nullité d'un acte juridique comme contraire à l'ordre public et à la moralité, bien qu'il ne déroge formellement à aucune loi, si elle trouve qu'il est en contradiction avec les principes fondamentaux de l'organisation sociale actuelle (3). Mais s'il en est ainsi en pré-

1) Voir le texte *supra*, p. 43.

2) « Les conventions intervenues antérieurement au 31 juillet 1914, d'après lesquelles un paiement doit être effectué en or cessent jusqu'à nouvel ordre de lier les parties ». — Trad. JAMES, *op. cit.*, p. 71.

3) Voir : Cass. civ., arrêt de principe, 4 décembre 1919, D. H. 1930, p. 50 ; — S., 1931. 1. 149. — Cons. : COLIN et CAPITANT, t. I, n° 9 bis ; — Ch. LYON-CAEN, Note précitée. — Cf. sur la notion d'ordre public : CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, *op. cit.*, p. 60 et suiv., nos 25-33. — MARMION (Jean), *Etude sur les lois d'ordre public en Droit civil interne*, thèse, Paris, 1924 ; — BÉDIER (Jean), *Les principes de la législation française sur le maintien de l'ordre public*, thèse, Paris, 1938.

sence de lois anciennes qui n'ont pu prévoir de loin toutes les variations possibles et en présence des situations qui ne représentent que des cas concrets du principe posé, il n'en est certainement pas de même pour celles qui sont toutes récentes et qui omettent de prescrire une règle de principe. Rien n'a empêché la loi monétaire du 1^{er} octobre 1936 de déclarer la non-validité des clauses « or » ou « valeur-or » qui ont été insérées dans les conventions antérieures faites sous le régime de la loi du 25 juin 1928. On pourrait peut-être excuser le législateur en supposant qu'il n'a rien déclaré à ce sujet, parce qu'il comptait sur la règle non écrite qui est appliquée déjà traditionnellement par la jurisprudence, règle qu'il n'a pas voulu répéter. Oui, si cette règle, ou mieux, cette conception, avait le caractère juridique, c'est-à-dire le caractère coutumier. Mais ce n'est pas le cas. Il est vrai que la jurisprudence est constante en cette matière depuis son arrêt de principe du 11 février 1873 jusqu'à nos jours. La règle posée par elle est vraiment le résultat d'un très long usage. Mais pour être considérée comme une règle coutumière, il lui manque un élément essentiel : la conviction de la nécessité de cet usage (*opinio juris seu necessitatis*) dans le public (1). Les particuliers ne l'approuvent guère. Ils s'y opposent manifestement, soit en employant les succédanés de la clause « or » et « valeur-or » (payable en marchandises ou en monnaies étrangères), que la jurisprudence admet, ou en luttant ouvertement contre elle (la « Ligue du franc-or », qui a son siège 10, rue du Havre, Paris ; la « Semaine de la monnaie », etc...) (2).

Par conséquent, aucune loi positive, y compris les lois établissant le cours forcé, ne porte atteinte à la liberté contractuelle et laisse aux individus la faculté de pouvoir éviter les conséquences fâcheuses d'une inflation et leur donne la possibilité de s'en préserver par les clauses « payables en espèces-or » et « payable en francs-or ».

Pourtant la jurisprudence pense autrement. A son avis, les lois monétaires qui, en vue de conjurer une crise imminente, décrètent le cours forcé d'un papier de crédit, intéressent incontestablement l'ordre public et sont soumises

1) Voir : GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899, p. 361.

2) Cons. : GÉNY, art. précité, p. 592 ; — JAMES, *op. cit.*, p. 9.

au régime de l'art. 6 du Code civil. Toute dérogation conventionnelle en cette matière est illicite, non seulement pour le cas où elle intervient après la promulgation de la loi établissant le cours forcé, mais aussi pour le cas où elle est faite avant, en prévision de crises possibles (1). N'ayant pas d'arguments juridiques à sa base, n'aurait-elle pas peut-être des appuis d'ordre économique et social ?

2. - En présence d'un régime de cours forcé par lequel l'Etat désire se libérer plus facilement de ses dettes intérieures et retenir l'or dans les caisses de la banque d'émission pour pouvoir payer des achats à l'étranger, — mesure qui est dans un moment donné plus que nécessaire pour le salut public (guerre, révolution), la validité des clauses « or » et « valeur-or » est économiquement néfaste, disent leurs adversaires, de plusieurs points de vue. Notamment :

a) Etant donné que le cours forcé entraîne une dépréciation inévitable de la monnaie nationale et une hausse des prix plus ou moins correspondante, la validité des clauses nuirait davantage au crédit du franc. Voici pourquoi : pendant le cours forcé, les débiteurs ne peuvent pas se procurer de l'or : il n'y en a plus en circulation en France et la banque d'émission n'en donne plus aux porteurs de billets. Or, les débiteurs seraient obligés d'en acheter à l'étranger, si tous les pays n'ont pas mis l'embargo sur l'or. Cet achat de l'or provoquerait une dépréciation encore plus considérable du franc sur le marché des changes et à l'intérieur du pays. Résultat : la hausse des prix en proportion de la perte au change.

b) Les clauses « or » et « valeur-or » auraient pour conséquence le manque de confiance dans la monnaie nationale, ce qui causerait : 1° la majoration des prix. Pour se couvrir contre le risque d'une nouvelle chute du cours de la monnaie, les citoyens majoreraient leurs prix, créant ainsi une nouvelle dépréciation contre laquelle on prétend parer ; - 2° l'Etat ne pourrait plus effectuer les emprunts dont il a besoin au moment où il décrète le cours forcé ; - 3° l'une des parties contractantes pourrait être incitée à se procurer d'avance une monnaie étrangère, à moins qu'il

1) Arrêt précité. Voir *supra*, p. 43, note 1^{re}.

n'existe un contrôle des changes, monnaie qui, convertie au moment du paiement, en monnaie nationale, lui permettrait de se libérer par une somme inconnue lors du contrat. Cette pratique pourrait altérer l'équilibre du change, créer un élément de passif tout à fait inutile et provoquer l'effondrement complet du change et du papier-monnaie national.

c) La validité de la clause « payable en or » augmenterait davantage le risque des contractants, puisque la valeur de l'or peut être extrêmement variable et peut se modifier sans changement des prix intérieurs. Un débiteur qui s'est obligé à verser en francs-or, pourrait verser une somme beaucoup plus élevée que celle qu'il a touchée non pas à cause de la diminution du pouvoir d'achat du franc, mais à cause d'un fait tout à fait étranger à celui-ci.

d) La clause « payable en or » serait l'origine d'une hausse de tous les prix. En période d'inflation, il se produit un décalage entre le mouvement des prix intérieurs et le mouvement des changes. Les prix intérieurs s'élèvent moins vite que les changes, et par conséquent moins vite que l'or. La généralisation de la clause ferait disparaître ce décalage, puisqu'elle ferait apparaître la dépréciation réelle du papier par rapport à l'or, dépréciation que l'on soupçonne aujourd'hui, mais dont on ne connaît pas l'étendue.

e) Si l'on admettait la validité des clauses « or » et « valeur-or », on ferait une discrimination injustifiable entre les créanciers d'avant-guerre, entre ceux qui avaient eu la prudence de solliciter l'insertion de ces clauses dans leurs contrats et les autres qui ne l'avaient pas eue. La non validité des clauses les met sur un pied d'égalité, et c'est absolument juste.

Tels sont, en général, les obstacles d'ordre économique et social invoqués contre la validité juridique de nos clauses par leurs adversaires (1). Avant d'entreprendre l'examen critique de ces arguments et d'en tirer la conclusion, il est nécessaire d'examiner tout d'abord le rapport entre les clauses en question et l'inflation, vu les conséquences désastreuses de celle-ci sur la vie économique du pays.

1) Voir : NOGARO, *op. cit.*, p. 19-21 ; — Cf. JAMES, *op. cit.*, p. 185-193.

L'inflation est une apparition malade dans les systèmes monétaires. Elle apporte une instabilité effrayante dans le commerce juridique. En diminuant la valeur de la monnaie et en établissant la fiction « franc égal franc », elle amène à un déplacement total de toutes les fortunes. Il y en a qui en profitent : ce sont les débiteurs et l'Etat. Mais le gros du pays en souffre énormément. Combien de petites gens d'avant-guerre en France s'étaient constitués, grâce à une lente et pénible épargne, un portefeuille de rentes sur l'Etat, d'obligations émises par les grandes sociétés industrielles françaises et étrangères, de créances hypothécaires et chirographaires, petites gens qui appartiennent à la « classe moyenne », où se recrute l'élément stable de la population française, et qui se sont trouvées par suite de l'inflation sans presque aucune ressources et moyens d'existence ! Combien de banques et d'entreprises, étant créancières, ont fait faillite par l'effet de l'inflation ! N'a-t-elle pas pour conséquence la hausse et l'instabilité des prix, le dérèglement des changes, la spéculation sur les prix et sur les changes, la prodigalité dans les dépenses privées et publiques, l'abaissement du niveau moral par le développement de l'esprit du lucre, l'habitude du désordre, du gaspillage, d'imprévoyance et de paresse, les perturbations économiques, les troubles sociaux résultant de l'insuffisant accroissement des salaires, le déficit budgétaire, la désorganisation des finances publiques et la ruine du crédit public et privé ? (1). N'a-t-elle pas pour effet l'annexion de toute une partie du patrimoine national par les étrangers qui spéculent à la baisse de la monnaie-papier ? Cette spéculation est très facile à réaliser, parce que la hausse des changes devient très rapide, beaucoup plus rapide que la hausse des prix intérieurs, calculés en or ; ceux-ci seront très inférieurs aux prix mondiaux. L'étranger en profitera pour venir acheter. A part les marchandises faciles à produire qu'il achète, il peut également acheter des immeubles, et c'est là le danger. — Les nationaux spéculent aussi : ils achètent des devises étrangères ou de l'or. Par suite, la valeur de la monnaie descend de plus en plus. Les prix augmentent, et ils augmentent beaucoup plus vite que le nombre de billets

1) Voir : JÈZE (Gaston), *Théorie générale du Crédit public*, 6^e éd., Paris, 1922, p. 455.

en circulation. A un moment donné, la circulation devient insuffisante ; d'où la difficulté pour les industriels de se procurer des fonds de roulement ; alors leurs affaires commencent à marcher moins bien. En outre, l'inflation aboutit plus tard à une élimination complète de l'unité monétaire. Si l'on défend d'évaluer les prestations des contrats successifs et à terme en or, on le fait néanmoins en stipulant en devises étrangères ou en marchandises. La méfiance dans la monnaie nationale se produit par l'inflation, elle-même (1). Le plus souvent, il arrive qu'on élimine les contrats successifs et à long terme et qu'on ne trafique plus que par les opérations au comptant ou à très court terme. Il est évident qu'il en résulte de grands dommages dans le fonctionnement du commerce juridique.

Pour ne pas prolonger l'énumération de tous les inconvénients attachés à la politique inflationniste, il faut dire que l'intérêt général exige qu'elle ne soit pas pratiquée. Elle est plus particulièrement périlleuse quand elle émane d'un gouvernement qui veut faire des expériences. En ce cas surtout, il faut lutter par tous les moyens contre elle.

Cependant, la politique inflationniste peut parfois être dictée par l'intérêt suprême du pays en danger. L'inflation peut se montrer alors plus ou moins utile. Est-ce que, dans de telles circonstances, les clauses « or » et « valeur-or » feront obstacle à des effets que l'on désire obtenir par l'inflation ? La réponse à cette question dépend de l'exactitude des arguments ci-dessus invoqués contre la validité juridique desdites clauses. Examinons-les.

Argument a). — La clause « payable en or », pour pouvoir être exécutée en temps de cours forcé, n'exige pas nécessairement les achats d'or à l'étranger. Il y a encore de l'or en France. Seulement, il se cache dans les bas de laine privés, il est « embusqué ». La validité de la clause aurait pour effet la mobilisation et la circulation de l'or, ce qui permettrait une très proche stabilisation de la monnaie, et, pendant le cours forcé, une plus grande accumulation de l'or à la Banque de France ; on satisferait par là mieux au but poursuivi par le régime du cours forcé. Si, au contraire, il n'y a vraiment pas assez d'or entre les mains pri-

1) Exemple de l'Allemagne en 1923. — Voir : JAMES, *op. cit.*, p. 20.

vées, et l'on a besoin de s'en procurer au-delà des frontières nationales, cet achat n'a pas toujours de mauvais résultats sur le cours de la monnaie-papier. Un achat d'or ne pourrait aggraver que momentanément le déficit de notre balance des comptes. Plus tard, il peut servir à stabiliser le cours de la devise nationale. Plus grand est le stock d'or de la France, plus facilement on pourra remédier à une crise de la monnaie-papier.

Argument b). — Quant à l'ébranlement de la confiance dans le franc-papier que l'on craint provoquer par les clauses « or » et « valeur-or », cette crainte n'est pas fondée. La confiance est ruinée au moment même où l'inflation a été décrétée. La clause « or » n'est que le résultat de la méfiance qu'entraîne le régime du cours forcé. Etant sa conséquence, la clause « or » ne peut pas être sa cause. Lorsqu'elle précède le régime du cours forcé, elle est alors un des symptômes d'une dépréciation probable du franc. Mais, lorsque cette dépréciation est réalisée, la clause « or » ne peut être jamais la cause d'une dépréciation plus forte. Quant à l'Etat, il perd beaucoup de son crédit par le seul fait de l'inflation. Par la clause « or » appliquée même dans ses emprunts, son crédit resterait intact (1). Si, d'autre part, l'inflation est dictée par l'intérêt vital du pays, on ne peut pas exiger l'application de la clause vis-à-vis de l'Etat. Celui-ci, perdant par là presque tout son crédit à l'intérieur du pays, a toujours des moyens à sa disposition pour remplir ses caisses : sinon faire un emprunt nouveau, il peut établir des impôts, et profiter de l'inflation pour payer ses dettes anciennes. Les pertes subies par les particuliers sont justifiables par la raison d'intérêt public. Dans les rapports entre particuliers, la clause, qui n'a aucun effet sur la popularité du franc-papier, pourrait faciliter le cours normal du commerce juridique et faire conserver la confiance d'homme à homme, de personne à personne. Ce serait une espèce de bimonétisme en circulation effective. Or, selon les expériences de jadis on peut être sûr que le bimonétisme ne gênerait aucune des monnaies en circulation, car la valeur de chacune est indépendante de celle de l'autre, et elles ne se déterminent pas mutuellement à chaque instant.

1) Voir : VALERY, *Manuel de Droit international privé*, n° 692, p. 1006-1007.

Argument c). — Cet argument est assez à sa place. Cependant, il ne peut pas être un obstacle insurmontable à la validité de nos clauses. Il est vrai que la valeur de l'or, comme la valeur de toute autre marchandise, varie. Sa stabilité n'est pas parfaite. Mais il est aussi vrai qu'il est le moins imparfait des étalons. D'un autre côté, le mouvement des prix intérieurs tend toujours à se faire parallèlement au mouvement des changes ; les modifications de la valeur du franc-or par rapport au franc-papier se produiront en même temps que les modifications du pouvoir d'achat intérieur du franc. Le franc-or constitue donc par rapport aux marchandises intérieures un étalon de valeur presque invariable.

Argument d). — Cette assertion n'est pas certaine. Le décalage entre le mouvement des prix intérieurs et le mouvement des changes ne se produit guère pour les grands produits ayant un marché international : les cours du sucre et du charbon, par exemple, à Paris, ne sont que la traduction en francs des prix sur les marchés plus importants de New-York ou de Londres. Le décalage ne se produit que pour les marchandises difficiles à transporter d'un pays à l'autre. Il ne dépend pas de la clause « or », parce qu'il est indifférent au cours du change.

Argument e). — Si la baisse de la monnaie est considérable, on ne fera aucune différence entre les créanciers qui ont inscrit la clause « payable en or » ou « payable en valeur-or » et ceux qui ne l'ont pas fait. La théorie de l'imprévision viendra au secours de ces derniers, comme cela a été le cas en Allemagne, où, au moment de la stabilisation, la clause « or » était considérée comme sous-entendue dans les contrats antérieurs dans lesquels elle ne figurait pas formellement (1). Dans le cas contraire, si la dépréciation n'est pas très sensible, les imprévoyants ne jouiront pas du bienfait de la clause « or » ou « valeur-or », car ils n'auront pas le droit de se prévaloir de la protection de la théorie de l'imprévision. Ils auront donc une position moins favorable que ceux qui ont pris des précautions. C'est tout à fait juste d'ailleurs, car dans les affaires, il faut

1) Voir : GÉNY, *op. cit.*, p. 600 ; — En sens contraire : JAMES, *op. cit.*, p. 191.

toujours des risques. Lorsque les pertes provenant du risque ne dépassent pas les limites normales et ordinaires, elles sont parfaitement justifiables. S'il n'en était pas ainsi, on devrait supprimer la notion de contrat elle-même. Contracter, c'est prévoir. Prévoir ce qui est prévisible. Alors prévoir et ne pas se garantir contre l'incertain, c'est jouer sur le hasard. La perte comme le gain qui en résultent n'ont besoin d'aucune apologie en leur faveur. Cela va de soi.

Enfin, contre tous ces arguments, on pourrait invoquer les exemples historiques de la Californie, de la Grèce, de la Pologne, de l'Italie et de l'Allemagne, où la clause « or » et « valeur-or » était valable en dépit du cours forcé qui régnait à des époques différentes dans ces pays. Ce fait n'a point aggravé la situation monétaire et économique des pays sus-visés ; elle est restée la même. Seulement, on est arrivé à ajuster les pénibles situations des particuliers. Aujourd'hui même il y a des pays qui admettent la validité de nos clauses (la Belgique, le Luxembourg) (1).

Il s'ensuit que l'attitude de la jurisprudence française n'a aucun appui ni d'ordre juridique ni d'ordre économique. Elle est donc mal fondée (2).

Elle est aussi *illogique* et *arbitraire*, parce que : si la clause « or » ou « valeur-or » n'est pas valable, si elle est nulle comme contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs, il faut que le contrat entier, selon l'art. 1172 du Code civil, soit nul. La plupart des contrats munis de ces clauses tirent toute raison de leur existence du respect et de la validité des clauses. La jurisprudence annule les clauses et laisse subsister le contrat ! C'est inconcevable ! Si elle était conséquente et logique avec elle-même, on aboutirait au même point que si la clause « valeur-or » (mais non la clause « or ») était valable, parce qu'on concluerait, après avoir annulé le premier, un nouveau contrat évalué en papier-monnaie, mais en considération du cours nouveau du franc déprécié. Cette solution ne pourrait cepen-

1) Voir : GÉNY, *op. cit.*, p. 603, p. 632.

2) Voir les détails sur cette discussion économique dans : JAMES, *op. cit.*, pp. 185 à 202 ; et GÉNY, *op. cit.*, p. 596-602.

dant pas servir aux contrats de prêt, car, bien que le contrat soit résilié, le débiteur doit rendre à son créancier la somme empruntée, et c'est toujours la somme numérique (art. 1895 du Code civil). M. VOIRIN a soutenu cette thèse de l'annulation du contrat tout entier si la clause « valeur-or » est annulée (1). Du point de vue juridique et suivant la conception jurisprudentielle du caractère des lois établissant le cours forcé et de leur influence sur la liberté contractuelle, cette thèse est impeccable. Cependant, à notre avis, étant donné que nous avons rejeté sa base, par là même elle aussi devient inacceptable. Cela d'autant plus qu'elle ne pourrait pas s'appliquer à la plupart des contrats portant sur une somme d'argent (tous les contrats de prêt).

En outre, la jurisprudence civile est *partiale*. En Droit international privé, en ce qui concerne les rapports entre particuliers, elle admet la validité de la clause, tandis qu'en Droit interne elle la déclare nulle. Là, la clause est toujours valable quand il s'agit d'un contrat entre un débiteur étranger et un créancier français (2), et vice-versa, à condition toutefois que l'exécution du contrat ait lieu à l'étranger (3); elle est également valable entre deux Français, lorsque le lieu de la formation ou celui de l'exécution du contrat est situé hors du territoire national (4). Il s'ensuit qu'un Français qui a prêté son argent à un étranger sera mieux traité qu'un autre qui a prêté à son compatriote et qui n'a donc pas exporté une importante somme d'argent de son pays vers l'étranger ! A part les raisons spéciales qui ont déterminé la jurisprudence à créer deux notions d'ordre public, une pour l'ordre interne et l'autre pour l'ordre international, — elle se contredit gravement sur le point principal par les solutions qu'elle donne. Le fil directeur de son attitude défavorable à la clause est que l'Etat, en vertu de son droit régalien, constitue par la loi établissant le cours forcé la fiction « franc égal franc », en exigeant que

1) VOIRIN (Pierre), Article précité.

2) Cour de cass., 7 juin 1920, D.P. 1920. 1. 137 ; — S. 1920. 1. 193.

3) Cour de cass., 23 janvier 1924, D.P. 1924. 1. 41 ; — S. 1925. 1. 257.

4) Paris (1re Chambre), 15 février 1924, D.P. 1924. 2. 17 ; — S. 1925. 2. 45 ; — Cass. civ. rej., 9 mars 1925, S. 1925. 1. 257.

cette fiction soit considérée comme si elle correspondait à la réalité. Or, étant donné qu'en Droit international, les paiements s'effectuent en or, il est clair que le franc-or n'est pas égal au franc-papier, ce que la jurisprudence, elle-même, reconnaît. C'est, de plus, une preuve que l'Etat, en vertu de son droit régalien, n'a pas le droit de déterminer la valeur de la monnaie, mais seulement la nature, le poids et le titre de celle-ci comme instrument de mesure des valeurs, la valeur dépendant de facteurs tout autres que de la volonté du législateur. Cela d'autant plus que le législateur n'a pas exprimé une volonté contraire. — La solution jurisprudentielle est partielle à d'autres points de vue également. Cette partialité ne résulte pas de la volonté de la jurisprudence, mais de facteurs à côté. C'est cependant elle qui en est responsable. Si elle était favorable à nos clauses, on aurait évité ces iniquités. Il s'agit, notamment, du fait que la solution jurisprudentielle est dépourvue d'application générale. Il y a tout d'abord la classe ouvrière qui y échappe presque régulièrement. Un ouvrier, en tant qu'employé organisé dans le syndicat, réussira toujours, par des actions collectives, à faire augmenter son salaire au niveau du coût de la vie et au fur et à mesure de la dépréciation de la monnaie. Il réussira aussi à toucher son assurance, sa rente, etc... avec un agio qui est en proportion de la baisse du franc. D'autre part, il y a des fonctionnaires de l'Etat, dont les appointements doivent aussi être augmentés, sinon aussitôt après l'inflation, du moins un peu plus tard quand ils commenceront à sentir ses effets. Tout cela parce que la paix sociale et la continuité du service public sont en cause. Par conséquent, il ne reste qu'une partie des créanciers que la jurisprudence abandonne, sans peut-être y penser, au bon vouloir de leurs débiteurs. On se dit : ce sont leurs affaires ; qu'ils s'arrangent comme bon leur semble. Mais on oublie que l'ensemble des intérêts particuliers constitue l'intérêt général, et que si on néglige le sort des premiers, ce dernier s'en ressentira.

Elle est enfin *incomplètement efficace*. Pour éviter la nullité de la clause « or » ou « valeur-or », les particuliers utilisent les clauses : « payable en monnaie étrangère » ou « payable en marchandises », ou emploient les clauses échelle mobile. Par ces succédanés de la clause « or », ils

arrivent au même effet qu'avec la clause « or » ou « valeur-or ». Le créancier n'obtiendra certainement pas de l'or, mais il aura des billets de banque d'après le cours au moment du contrat et non pas au moment du paiement ; le plus souvent c'est le seul but qu'il désire même avec la clause « or ». Habituellement, il ne reçoit jamais de l'or comme monnaie de paiement, mais les billets de banque, comptés sur la base de l'or. Sachant que les clauses « or » et « valeur-or » ne sont pas reconnues valables par la jurisprudence civile, il peut choisir n'importe quelle monnaie étrangère comme mode de paiement, sans doute celle qui est la plus stable, et au moment du paiement, après l'avoir reçue, la changer en francs-papier. N'est-ce pas, en effet, la clause « valeur-or » déguisée ? et pourtant la jurisprudence le permet (1). De même en ce qui se rapporte à la clause « payable en marchandises » (2).

En conséquence, la validité juridique des clauses « or » et « valeur-or » n'est pas incompatible même avec un régime de l'inflation considéré comme nécessaire à un moment historique du pays. Nous avons fait d'ailleurs une réserve au sujet des obligations de l'Etat auquel l'inflation peut profiter, en lui donnant le moyen de s'en libérer plus facilement. De toute façon, l'Etat doit l'exiger par une disposition légale formelle. Autrement, il n'en a pas le droit. Aujourd'hui l'Etat n'exprime ce désir par aucun texte.

Nous avons parlé jusqu'à présent de la clause « or » en même temps que de la clause « valeur-or ». En réalité, la première clause nous intéresse, pour l'instant, très peu ; elle nous est presque indifférente. Ce qui compte, pour nous, c'est la seconde. Nous l'avons fait parce que c'est l'habitude et la tradition d'en parler en même temps, et parce que, en outre, il s'agit toujours du principe. La clause « valeur-or » a beaucoup plus de chance d'être adoptée, puisqu'il y a moins d'objections d'ordre économique contre elle. Tout ce qui concerne le mouvement des changes, l'achat de l'or, l'exportation des capitaux, etc., ne la touche pas. Elle est aussi très commode pour éviter

1) Trib. comm. du Havre, 17 janvier 1872, Recueil du Havre, 1872, t. XVIII, p. 20 ; — Civ. req. 9 mars 1925, S. 1926, I. 257.

2) Les articles 1896 et 1897 du Code civil.

l'objection de la force majeure en cas d'impossibilité d'avoir de l'or (s'il n'y en a pas, par exemple, dans le pays et si l'on ne peut pas s'en procurer à l'étranger à cause de l'embargo ou du contrôle des changes) et pour ne pas donner ainsi au débiteur le moyen de s'excuser par l'impossibilité de l'exécution (art. 1147 et 1148 du Code civil).

§ 2 : *Intervention de la théorie de l'imprévision
en cas d'absence des clauses sus-visées*

En fin de compte, quelles conséquences pouvons-nous tirer de ce long exposé sur la validité ou la non validité juridique des clauses expresses « payable en espèces-or » et « payable en valeur-or » pour l'application de la théorie de l'imprévision ? — Etant donné que nos conclusions sont favorables à la validité juridique de ces deux clauses, la conséquence principale en est que rien ne s'oppose à ce que notre théorie intervienne, le cas échéant, en matière de prêt d'argent, ainsi qu'en matière d'autres contrats portant sur une somme d'argent. Son intervention ne se heurtera ni à la disposition de l'art. 1895 du Code civil, ni à l'art 475, § 11 du Code pénal, ni à la loi établissant le cours forcé, parce qu'aucune de ces règles ne la prohibe. L'art. 1895 du Code civil ne vise que le cas d'augmentation ou de diminution d'espèces et non pas de nombre de billets de banque (1). L'art. 475, § 11 du Code pénal, interdit de refuser comme moyen de paiement « la monnaie nationale, non faussée ni altérée, selon la valeur pour laquelle elle a cours ». Demander un plus grand nombre de billets que celui prévu dans le contrat ne veut pas dire refuser de recevoir la monnaie nationale selon la valeur du cours actuel ; au contraire, conformément à la loi, on les reçoit tels quels. L'augmentation du chiffre qu'on demande d'après la justice du contrat, n'entre pas dans les prévisions du Code pénal. Partant, si la législation positive ne s'oppose pas au rétablissement de l'équilibre altéré du contrat au moyen d'une clause expresse en ce sens, il n'y a pas de rai-

1) Il est certain cependant que cet article fera des difficultés quant à l'intervention de la théorie de l'imprévision au cas d'une nouvelle stabilisation de l'unité monétaire, parce que cela constitue un changement d'espèces. — Voir : la loi du 25 juin 1928.

son pour qu'il n'en soit pas ainsi en l'absence d'une telle clause. La loi établissant le cours forcé ne dit rien à ce propos et laisse les mains libres à la justice.

Section G

CONTRATS DE VENTE AYANT POUR OBJET UN CORPS CERTAIN

La vente moderne, c'est-à-dire celle du Code civil français, comme tous les autres contrats synallagmatiques ayant pour but de transférer la propriété d'un corps certain — *res certa* (échange, donation), est, à la différence de la vente romaine, comme de celle adoptée dans plusieurs autres pays (en Allemagne, par exemple), constitutive du droit de propriété de la chose vendue au profit de l'acquéreur dès que le contrat de vente est conclu, par le seul fait du consentement, sans qu'un autre mode d'acquisition de propriété soit nécessaire (tradition d'une chose mobilière, transcription dans les livres publics pour une chose immobilière). Il s'ensuit que, lorsque le moment du paiement du prix est différé et que l'objet de la vente reste en possession du vendeur, cet objet est censé être la propriété de l'acheteur (art. 1583 du Code civil, rapproché de l'art. 1138).

En Droit romain, comme dans les pays ayant adopté son système, le contrat de vente n'est qu'un acte de volonté qui, d'une part, donne le droit à l'acheteur d'exiger le transfert du droit de propriété de la tête du vendeur sur la sienne, et oblige, d'autre part, le vendeur à le faire, au moyen d'un des modes constitutifs du droit de propriété (la tradition, la mancipation, l'*in jure cessio* — en Droit romain ; la tradition et la transcription — en Droit moderne). En d'autres termes, le contrat de vente n'est qu'un *titulus acquirendi* et n'est point un *modus acquirendi*. Dès lors, en Droit romain, le contrat de vente était valable, quoique la chose vendue n'ait pas été la propriété du vendeur, celui-ci n'étant obligé que de procurer la possession paisible de celle-là à l'acheteur (*vacuam possessionem tradere*) (1). En Droit français moderne, le vendeur doit être

1) Cons. : GIRARD (Paul-Frédéric), *Manuel élémentaire de Droit romain*, Paris, 1929, p. 585 et s. ; — GIFFARD (A.-E.), *Précis de Droit romain*, Paris, 1938, t. II, p. 59, n° 82.

propriétaire de la chose vendue pour que le contrat de vente soit valable, celui-ci étant nul si le vendeur est un *non-dominus* (*Nemo plus juris transfere potest quam ipse habet*) (art. 1599 du Code civil).

Cette conception nouvelle du contrat de vente, que s'est fait le Code civil français, a complètement renversé la théorie des risques qui est en vigueur dans les pays ayant adopté le système romain. Dans ceux-ci, lorsque le vendeur est mis, par suite d'un événement indépendant de sa volonté, dans l'impossibilité de livrer la chose vendue (elle est détruite ou mise hors du commerce), l'acheteur se trouve par là même libéré de sa propre obligation, c'est-à-dire de payer le prix. Par conséquent, c'est au vendeur de supporter les risques de la perte fortuite de la chose due, puisqu'il en est le propriétaire : *res perit domino* (1). En Droit français, et ce en vertu du même principe, c'est exactement le contraire. C'est l'acheteur à qui ces risques incombent. Quant au prix, il en reste tenu, malgré la perte de la chose vendue, laquelle ne lui avait été point livrée. L'article 1138 du Code civil le dit expressément : « L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. — Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en est point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer, auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier. » L'exception en est faite seulement pour les choses *in genere*, avant qu'elles soient individualisées et spécialisées, c'est-à-dire quand il s'agit de marchandises vendues au poids, au compte ou à la mesure, tant qu'il n'y a pas eu compte, pesage ou mensuration (art. 1585 C. c.). Il en est de même lorsque le transfert de propriété est différé, par la convention des parties, jusqu'au moment de la tradition,

1) Toutefois, en Droit romain tous les risques pesaient sur l'acheteur, en vertu du principe *res perit emptori*. Celui-ci s'explique par le caractère d'indépendance des deux obligations réciproques. Si le vendeur est libéré, par l'effet d'un cas de force majeure, de livrer la chose vendue (un esclave, par exemple, qui vient de mourir), l'acheteur est tenu quand même de payer le prix, parce que, à la différence du Droit moderne, son obligation n'a pas pour cause l'existence de celle du vendeur. — Cons. : GIRARD, *op. cit.*, p. 580 et s. ; — GIFFARD, *op. cit.*, p. 64, n^{os} 90-92.

c'est-à-dire lorsqu'il est convenu que l'acheteur ne deviendrait propriétaire qu'à ce moment. La règle posée aux articles 1138 et 1583 n'est pas d'ordre public, et son application peut, en conséquence, être écartée par une clause expresse des contractants (art. 100 du Code de commerce) (1).

Dès lors, il va de soi que l'intervention de la théorie de l'imprévision ne peut jouer en matière de contrats de vente ayant pour objet un corps certain, si les parties n'ont pas dérogé à la disposition de l'art. 1138. Car, si l'acheteur doit, en vertu de cet article, supporter la perte totale de la chose vendue, sans être libéré de sa propre obligation de donner le prix, il doit pour la même raison et *a fortiori*, avoir dans ses risques la perte partielle de la chose ou la diminution de sa valeur, sans pouvoir demander la réduction du prix : qui peut plus, peut moins. Le vendeur n'a pas non plus le droit de demander une augmentation du prix pour un cas inverse, c'est-à-dire lorsque la chose vendue s'est accrue d'une plus-value considérable entre la conclusion du contrat et le moment du paiement, en sorte que le prix se trouve trop inférieur à la valeur actuelle de la chose. (2).

Dans tous les autres cas, c'est-à-dire lorsque l'objet de la vente n'est pas individualisé ou lorsqu'il est individualisé, s'il y a une clause dans le contrat qui écarte l'application de la théorie des risques du Code civil, il n'y a aucun obstacle pouvant s'opposer à l'intervention de l'imprévision.

Du reste, la théorie des risques ne gêne pas beaucoup la théorie de l'imprévision, parce que la question de son intervention dans les ventes ayant pour objet un corps certain ne se pose presque pas en pratique. D'une part, cette catégorie de vente ne peut jamais avoir la forme d'un contrat successif ; d'autre part, si elle est à terme, sa durée n'est jamais assez longue pour que son économie puisse être bouleversée par un événement imprévu. Enfin, la valeur des corps certains ne dépend presque pas des fluctuations sur le marché, parce que le débiteur doit en avoir en

1) Cons. : COLIN et CAPITANT, *Cours élémentaire de Droit civil français*, t. II, n^{os} 91-94.

2) Toutefois, le législateur d'après-guerre dérogea à cette règle, en accordant, à maintes reprises, la revision du prix dans les ventes des fonds de commerce. — Voir : *infra*, p. 463 et suiv.

sa possession au moment de la vente et ne s'en procure pas au moment de la livraison. Pour les corps incertains, que l'on ne spécifie qu'au moment de la livraison, il en est tout différemment, et c'est précisément là que la théorie de l'imprévision joue sans obstacles.

En résumé, la théorie de l'imprévision en matière de contrats du Droit civil s'étend à tous les contrats commutatifs, spéculatifs et, dans certaines conditions, aléatoires, qui sont à titre onéreux, dont l'exécution est périodique ou à terme et dont l'objet, s'ils sont translatifs de propriété, n'est pas certain, à condition, bien entendu, qu'il n'y ait pas une clause spéciale de prévision des effets de l'imprévision ou d'exclusion de ceux-ci.

**

TITRE II

Etendue de la théorie de l'imprévision en d'autres branches du Droit

Section A

EN DROIT OUVRIER

Le Droit ouvrier est une branche toute nouvelle du droit. Son droit de cité dans la grande famille du droit ne date que d'un demi-siècle environ. Elle est sortie des articles 1779 à 1781 du Code civil réglementant les contrats de louage d'ouvrage. En en sortant, elle a presque complètement abandonné l'esprit individualiste qui anime le Code, œuvre de la Révolution française, et s'est formée en fonction des idées nouvelles ayant apparu au cours de la seconde moitié du siècle dernier : d'un côté, l'idée de la lutte des classes sociales : de la classe économiquement plus faible et plus nombreuse (classe ouvrière) contre la classe économiquement plus forte et moins nombreuse (bourgeoisie), et de l'autre, l'idée d'interdépendance des classes, idée de protection du plus faible (idée conciliatrice). Dès lors, contrairement au Droit civil, selon lequel tous les

particuliers sont libres et égaux au sens platonique du mot et qui ne protège que cette liberté et cette égalité idéales, en se préoccupant exclusivement de la conservation de celles-ci du point de vue physique et moral, proclamant la nullité des conventions pour cause de dol, de violence, d'erreur, d'incapacité juridique et de lésion (art. 1108 et suiv., art. 1118 du Code civil — le Droit ouvrier considère que les particuliers (employés) ne sont pas libres par rapport aux autres (employeurs) et sont économiquement et socialement inégaux, se trouvant dans la dépendance de ceux avec qui ils contractent. Par conséquent, ayant devant les yeux : d'une part, l'exploitation douloureuse qui résultait de cette dépendance des ouvriers (salaariat) de leurs patrons (patronat, industriels) laquelle avait pour perspective la ruine totale d'une classe entière s'étant formée quelques années après la Révolution (la Quatrième classe) et qui devenait de plus en plus nombreuse au fur et à mesure du développement et du progrès technique caractérisant le 19^e et le 20^e siècles, et, d'autre part, l'affaiblissement de la société elle-même (race, défense du pays, paix sociale, civilisation) — le Droit ouvrier vint : 1^o établir la protection de la liberté économique par l'intervention de l'Etat (les lois sociales fixant le minimum de salaire ; l'hygiène dans les usines ; la réglementation du travail des femmes et des enfants, le repos hebdomadaire et le congé payé ; la durée du travail ; la prohibition du « Truck système » et des économats ; l'assurance obligatoire des ouvriers contre les maladies, les accidents, la vieillesse, l'invalidité, le chômage ; la responsabilité objective des patrons ; le droit de s'organiser et de pouvoir se protéger par ses propres forces) et 2^o autoriser l'autoprotection par les organisations professionnelles (syndicats) et par les actions collectives des ouvriers organisés ou tout simplement groupés (le droit de grève et les conventions collectives de travail).

Partant de là, on portait doublement atteinte aux principes du Droit civil : d'un côté, la limitation de la liberté contractuelle des patrons : leur devoir de respecter les lois sociales ayant été proclamées d'ordre public et d'obéir à l'action collective des ouvriers leur imposant, sous la menace d'arrêter le travail, le minimum de conditions de travail acceptables de la part de ceux-ci, et de

l'autre, la limitation de la liberté contractuelle des ouvriers eux-mêmes : ils ne peuvent consentir à travailler dans des conditions pires que celles que les lois sociales prévoient, ni négocier dans les autres que la majorité de leurs organisations ou de leurs groupes ne décide. Dès lors, le contrat comme instrument de libre échange des biens et le contrat de travail en particulier comme instrument d'échange de la force productrice (la chose, *res*), séparée de l'homme qui la fournit, contre un salaire (le prix, *prætium*), s'est trouvé bien modifié : ce n'est plus la force productrice qui se vend, ce n'est plus la chose qui se loue (*locatio-conductio operarum*), c'est l'homme qui travaille, le père de famille qui vit, qui devient invalide, qu'on meurt, et qu'on n'est pas un être abstrait, mais un être concret ; la rémunération qu'il reçoit comme contre-partie, ce n'est plus le prix de la chose vendue (successivement) ou louée, c'est son moyen de vivre, c'est sa sûreté, sa situation d'homme et de citoyen. Son rapport avec l'usine et le patron n'est plus indifférent ; il est devenu le collaborateur de l'entreprise, élément nécessaire de cette institution sociale. Bref, le contrat s'est vivifié, socialisé, humanisé. D'autre part, il s'est trouvé souvent remplacé par d'autres instruments juridiques : le règlement d'atelier, la convention collective, la sentence arbitrale, l'extension réglementaire des conventions collectives par l'autorité publique, le statut des syndicats, — instruments corporatifs et collectifs. Presque toutes les conditions de travail sont réglées par ceux-ci ; et il ne reste qu'une sphère très restreinte à la libre action, et cela au-dessus des limites tracées. Un contrat individuel, dominé par les règles générales des lois sociales et des conventions collectives, ne signifie réellement rien et ne représente qu'un rapport purement juridique et formel entre un ouvrier et son patron, à moins qu'il ne comporte des conditions plus favorables à l'ouvrier que celles qui sont imposées au patron indépendamment de sa volonté personnelle.

De la sorte, le Droit ouvrier est devenue une branche du droit intermédiaire entre le Droit public (l'étatisme), en se réservant une sphère libre d'action et en dépassant les mesures interventionnelles de l'Etat, et le Droit civil, en impliquant une dose d'étatisme dans les rapports juridi-

ques privés et une dose de collectivisme, de solidarité, en y apportant des éléments nouveaux (le principe de la majorité). (1).

Dans cet état de choses, que dire de la théorie de l'imprévision en Droit ouvrier ?

Son application dans ce domaine du droit apparaît la plus souhaitée, car la tendance de la théorie de l'imprévision et l'esprit du Droit ouvrier sont en pleine concordance. La théorie de l'imprévision a pour but de protéger le débiteur ou le créancier contre une perte due aux effets d'un événement imprévu et dont ni l'un ni l'autre ne sont responsables. Sur le plan du travail, elle a pour but, lorsque le coût de la vie a augmenté de telle sorte qu'il n'était pas possible de le prévoir lors du contrat, de faire majorer le montant du salaire et de garantir à l'ouvrier, dont l'unique ressource de la vie est son salaire, la possibilité de vivre. Comme le pouvoir d'achat du franc a constamment baissé pendant et après la Grande guerre, la théorie de l'imprévision y intervient exclusivement au profit des employés, alors que dans les autres branches du droit son intervention est de caractère bilatéral. Le caractère unilatéral de l'intervention de notre théorie en matière de Droit ouvrier est d'ailleurs entièrement conforme au principe fondamental de ce droit : la protection des intérêts vitaux de la classe ouvrière.

Cependant, il est à remarquer que la théorie de l'imprévision n'a pas encore pénétré tous les rapports de cette branche du droit. Elle est adoptée seulement en matière de conventions collectives de travail ; la matière des contrats individuels de travail, n'ayant pas comme source immédiate cette réglementation collective du travail, reste à part.

Dans les conventions collectives, les parties prévoient presque régulièrement le droit de révision des conditions d'application de celles-ci pour le cas de hausse des prix. Si, par hasard, les parties respectives n'avaient rien prévu à ce propos ou si elles avaient prévu les conditions de révision moins favorables aux intérêts des ouvriers que la loi

1) Cons. sur le Droit ouvrier : PIC (Paul), *Traité élémentaire de législation industrielle*, — *Les lois ouvrières*, Paris, 1930.

ne le prévoit, elles peuvent demander l'application de cette dernière. C'est la seule matière où la théorie de l'imprévision soit admise par voie législative à titre général et définitif. — Pour la première fois, cette admission a eu lieu dans la loi monétaire du 1^{er} octobre 1936 qui inaugura l'inflation du papier-monnaie. Elle prescrivait dans son art. 15 ceci : « Au cas, où, avant le 31 décembre 1936 une hausse notable du coût de la vie viendrait à se produire en comparaison des indices du 1^{er} octobre 1936, le Gouvernement pourrait, après avis du Conseil National Economique et par décret du Conseil d'Etat, organiser des procédures de conciliation et d'arbitrage obligatoire, ayant effet pendant six mois, en vue du règlement des différends nés des conséquences de cette hausse et ayant trait à la rédaction, à l'exécution et à la révision des clauses des conventions collectives relatives aux salaires. » De même, la loi du 24 juin 1936, relative aux conventions collectives de travail, a créé l'institution de l'arbitrage sur un plan très large en matière de conflit du travail, et a ouvert la porte à la révision pour cause d'imprévision, c'est-à-dire lorsqu'il y a eu « un bouleversement économique des conditions précisées lors de la formation du contrat ». La procédure de la « conciliation et de l'arbitrage » fut organisée par la loi du 31 décembre 1936. Si la convention elle-même ne fixe pas les modalités de la procédure, le Gouvernement est autorisé à apporter toutes les mesures nécessaires à cet égard. Cette procédure sera entre les mains de deux arbitres et d'un surarbitre, qui auront le pouvoir d'amiables compositeurs, c'est-à-dire qu'ils auront la faculté non seulement de dire le droit, mais aussi d'en créer du nouveau.

La loi du 4 mars 1938 sanctionne la théorie de l'imprévision d'une façon plus catégorique et plus nette encore que la loi précédente. Son art. 10 dispose : « La demande en révision est recevable si la variation accusée par l'indice officiel du coût de la vie est d'au moins 5 % par comparaison avec l'indice arrêté à la date la plus voisine de celle où ont été fixés les salaires dont cette variation rend la modification nécessaire ainsi que les allocations familiales, à moins que ne soit rapportée la preuve que cet ajustement est incompatible avec les conditions économiques de la branche locale, régionale ou nationale d'activité économique

pour laquelle a été formulée la demande d'ajustement. — L'indice pris en considération est l'indice officiel trimestriel du coût de la vie pour une famille ouvrière de quatre personnes dans le département du lieu du conflit. » Les parties peuvent choisir un autre indice. — « La révision des salaires et des allocations familiales ne pourra être effectuée que tous les 6 mois, à moins que la hausse de l'indice considéré n'atteigne 10 %, auquel cas la révision pourra intervenir aussitôt l'indice connu. » — Elle est plus ferme et plus précise que la loi de 1936, parce que d'un côté, elle ne conditionne pas la révision par la décision du Gouvernement (« le Gouvernement pourrait... »), et de l'autre, elle ne laisse pas indéterminée la hausse du coût de la vie (« une hausse notable »), mais la précise par un certain pourcentage : 5 %.

Dès lors, s'il en est ainsi en matière de contrats individuels régis par les conventions collectives, on ne voit pas la raison pour laquelle on ne pourrait pas en faire de même lorsqu'il s'agit d'un simple contrat de travail, d'un contrat qui n'est pas soumis au régime d'une convention collective ! (1). Il est vrai d'ailleurs que la jurisprudence des surarbitres (2), statuant sur cette question, a invoqué une idée éthique, en disant que la révision des salaires dans ce cas-là constitue pour tous les patrons sans exception « une véritable obligation morale ». (3). Mais cela n'est pas suffisant, parce qu'une obligation morale n'a, sans doute, aucune influence sur le montant du salaire. Lorsqu'il s'agit de donner satisfaction à l'intérêt matériel d'autrui aux dépens du nôtre, il est très rare qu'on suive la loi de la conscience. Toutefois, il faut reconnaître que la conception des surarbitres représente le premier pas vers une solution juridique du problème. Jusqu'à présent, les sentences arbitrales n'en sont pas encore arrivées à ce point.

Vue sous un autre aspect, plutôt politique que juridique, cette pratique pourrait probablement être utile, en

1) En ce sens : AUVERNY-BENNETOT (Jean), *La théorie de l'imprévision. Droit privé, Droit administratif, Droit ouvrier*, thèse, Paris, 1938, p. 125.

2) Voir : *Journal officiel*, annexes nos 1 à 200, 1938.

3) Voir : Sentence de M. Hourticq, auditeur au Conseil d'Etat, le 8 mai 1937, n° 181.

forçant les ouvriers à adhérer à des organisations professionnelles qui leur permettraient de se soumettre au régime des conventions collectives et de voir ainsi s'appliquer la théorie de l'imprévision à leurs contrats individuels.

Section B.

EN DROIT ADMINISTRATIF

En remontant au Droit administratif, qui est une branche du Droit public, on y trouve un vaste terrain pour l'intervention de la théorie de l'imprévision.

L'Administration publique est chargée, parmi d'autres devoirs lui incombant, d'assurer les divers services, qui sont tous d'intérêt général (transport, travaux publics, éclairage, ravitaillement, etc.) et elle le fait soit par ses propres moyens soit par l'intermédiaire des particuliers avec qui elle entre à cet égard en des rapports juridiques dont la forme est le contrat administratif.

Il y a trois espèces de contrats administratifs. Ce sont : 1° le marché de fournitures, 2° le marché ou l'entreprise de travaux publics et 3° la concession de travaux publics.

Le marché de fournitures est un contrat par lequel l'Administration publique se procure, par l'intermédiaire d'un entrepreneur, des objets mobiliers dont elle a besoin, comme des denrées, des matières diverses et même des services (par exemple des services de transport maritime ou terrestre, par autobus), moyennant une rémunération. Cette opération peut se traduire soit en une vente, soit en un louage d'ouvrage, mais qui n'a pas pour résultat la création d'un ouvrage public (1). — Le marché ou l'entreprise de travaux publics est un contrat par lequel l'entrepreneur s'engage envers l'Administration à faire un travail d'ordre quelconque, comme édifier des constructions, fabriquer ou réparer un meuble, transporter des voyageurs, des marchandises, etc., à ses risques et périls, et sous la surveillance de l'Administration, moyennant

1) Cons. : HAURIOU (Maurice), *Précis de Droit administratif et de Droit public*, Paris, 1933, p. 953.

une rémunération qui doit lui être payée d'après des bases déterminées (1). C'est un contrat de louage d'industrie. — La concession de travaux publics est une convention par laquelle un particulier ou une société s'engage à faire fonctionner un service public dans les conditions générales déterminées par l'Administration, avec le droit de percevoir des redevances sur les usagers de l'ouvrage public ou sur ceux qui bénéficient du service public (2). La nature juridique de cette opération est spéciale, de telle façon qu'aucun contrat du Droit civil ne lui correspond.

Ces trois types de contrats administratifs, ayant chacun des traits spéciaux les différenciant les uns des autres, ont-ils quelques ressemblances avec les contrats correspondants du Droit civil ? — La majorité de la doctrine affirme qu'il n'y en a aucune (3). Tout d'abord, la différence porte sur le fait que les parties contractantes en Droit administratif ne sont pas des particuliers, des personnes privées, mais l'Administration, la collectivité publique, d'un côté, et un particulier ou une société privée, d'un autre. Dès lors, cette qualité de l'un des contractants qu'est l'Administration, donne à ces contrats une nuance sensible de nature à les éloigner, jusqu'à une certaine limite, des contrats civils. En Droit civil, les particuliers, en formant un contrat, y sont poussés par l'idée de profit et de gain. Chacun d'eux espère tirer quelque bénéfice de son opération. S'ils tombent d'accord, à la suite de quoi le contrat est fait, cela ne prouve pas que leurs buts soient les mêmes. Leurs intérêts opposés se sont tout simplement rencontrés, mais ils gardent toujours leur caractère égoïste et personnel. Dans le contrat, ils ne voient que la réalisation de leurs intentions spéculatives. En Droit administratif, cette discordance des intérêts n'existe pas, parce que l'un des contractants est l'Administration, laquelle n'agit pas pour spéculer et pour

1) Cons. : HAURIU, *op. cit.*, p. 930.

2) Cons. : GROS (Marcel), *Les conséquences juridiques de la guerre sur les Services publics concédés du gaz et de l'électricité*, thèse, Lyon, 1922, p. 22.

3) Voir : CAPITANT (Henri), Note au Dalloz, 1917. 2. 33 ; — SAINT-MARC (Pierre), *De l'imprévision dans les contrats administratifs*, thèse, Paris, 1918, p. 45 et suiv. ; — JACQUEMARD (Louis-Marcel), *La théorie de l'imprévision et la gestion des services publics concédés*, thèse, Alger, 1928, p. 110 et s. — Etc.

s'enrichir, mais pour assurer la bonne marche du service public qu'elle concède au particulier. C'est son seul souci. En ce qui concerne le lucre, elle y est complètement indifférente. Elle ne voit pas en son partenaire, un rival et un adversaire dont il faut se méfier ; tout au contraire, elle le prend pour son associé, collaborateur et allié, car elle sait très bien que sans lui et sans son concours, bien que celui-ci n'ait en vue que son intérêt personnel, elle ne pourrait pas suffisamment accomplir la tâche qui lui incombe. Bref, tandis qu'en Droit civil le stimulant n'est que l'intérêt individuel, en Droit administratif, c'est l'idée de l'intérêt général : que le service public fonctionne impeccablement et sans arrêt. Les contrats civils sont plus ou moins tous spéculatifs. Les contrats administratifs sont strictement commutatifs.

D'autre part, en Droit civil, les co-contractants sont égaux : ils discutent librement toutes les conditions et clauses de leurs contrats. En Droit administratif, c'est l'Administration qui est la plus forte. Au lieu de discuter avec son partenaire, elle lui impose sa volonté unilatérale, sous la forme de cahiers des charges et de conditions générales. Ce dernier n'a qu'à les accepter ou à les refuser en bloc : il ne peut ni ajouter ni éliminer aucune disposition, quelle que soit sa portée. Par conséquent, les contrats administratifs sont tous des contrats d'adhésion, c'est-à-dire plutôt des statuts que des contrats.

Ces distinctions entre les contrats administratifs et les contrats civils ne sont, à notre avis, qu'apparentes.

Quant à l'argument que les premiers sont strictement commutatifs et les seconds toujours spéculatifs, il est à remarquer ceci : il se peut qu'en dernière analyse ce soit vrai, qu'il y ait probablement une nuance qui les sépare, mais qu'il y ait un profond abîme entre eux, ce n'est absolument pas exact, car on peut trouver des contrats administratifs qui sont plus ou moins spéculatifs et des contrats civils qui ne le sont pas. Il est complètement erroné de dire que l'Administration et ses co-contractants, en collaborant, n'ont pas d'intérêts opposés. Le fournisseur, l'entrepreneur, ou le concessionnaire, en traitant avec l'Administration ne pensent qu'à en tirer un intérêt personnel ; ils n'ont pas du tout l'intention de servir la collectivité. L'Administra-

tion, bien qu'elle n'agisse pas pour elle-même, mais pour les administrés, ne peut pas négliger les intérêts de ceux-ci ; au contraire, elle y tient, en insistant pour que la meilleure fourniture ou le meilleur travail soient faits au plus bas prix possible et que le fournisseur, le constructeur ou le concessionnaire en tirent le bénéfice le plus minime. La preuve en est le procédé de conclusion de ces contrats qui est l'adjudication au rabais ; il traduit sous une forme éclatante la divergence des buts poursuivis par les deux contractants, divergence qui est comparable en tout avec celle qui existe en Droit civil. Mais ce qui est plus intéressant encore, c'est que cette opposition des intérêts pécuniaires se prolonge ; elle survit à la formation du contrat et l'accompagne jusqu'au moment de son exécution, exactement comme dans les contrats successifs ou à terme entre particuliers. Par exemple, quand il fallait reviser les contrats administratifs, particulièrement les concessions d'éclairage, par suite de la hausse inouïe des prix du charbon provoquée par la guerre de 1914-18 — devoir qui s'imposait d'urgence aux municipalités, puisque les concessionnaires se trouvaient dans une situation pénible et ruineuse — un grand nombre de municipalités refusèrent le moindre secours à leurs co-contractants (1).

Comme il n'est pas exact que les contrats administratifs, à la différence des contrats civils, soient strictement commutatifs, il n'est pas vrai non plus que les contrats civils soient strictement spéculatifs. Supposons, par exemple, deux marchés de fournitures : l'un conclu entre une ville, donc l'Administration, et une compagnie d'éclairage, et l'autre, entre un établissement privé, un théâtre, et cette même compagnie. Ni dans l'un ni dans l'autre cas, il n'y a de but de spéculation au sens propre du mot : la seule chose qui ait incité le représentant de la ville et le directeur du théâtre à passer le contrat, est que la ville et le théâtre soient éclairés. Ils désirent tous les deux que la fourniture de l'éclairage soit assurée le mieux possible et au plus bas prix possible. Si le premier ne s'occupe pas de spéculation, le second ne s'en occupe pas davantage. Leurs positions sont absolument identiques. Il est sans doute naturel qu'il

1) Voir : SAINT-MARC (Pierre), *De l'imprévision dans les contrats administratifs*, thèse précitée, p. 77. — JACQUEMARD, thèse précitée, p. 42.

en soit tout autrement si on compare les contrats du Droit civil avec les contrats du Droit administratif, en choisissant exprès pour modèles les contrats dont la nature est tout à fait opposée, comme le font les auteurs qui insistent sur cette différence (1). Il est normal que cette distinction existe entre un marché à livrer en Droit civil, qui est un contrat à but spéculatif, et une concession en Droit administratif où l'Administration ne traite pas pour son propre compte et n'a rien à voir avec le bénéfice personnel (2).

S'il y a enfin, une certaine dissemblance de nature entre les contrats de ces deux branches du droit, elle ne peut être que quantitative. La société est plus intéressée dans les contrats administratifs que dans les contrats civils, parce que sa conservation est plus directement, plus visiblement, dans la dépendance des premiers que des seconds. L'inobservation de l'intérêt général dans un contrat administratif, intérêt qui exige que le service public marche continuellement et toujours bien, se répercute instantanément sur la vie de l'Etat ; elle y provoque aussitôt de graves inconvénients. Tandis que cette même négligence dans un contrat civil n'a pour le moment aucun effet sur la société. Ce n'est qu'un particulier ou un groupe de particuliers qui en souffre. La communauté continue malgré cela le cours de sa vie. Mais elle doit certainement en sentir les conséquences un peu plus tard, parce que chaque individu, étant membre de la société, ne représente pas seulement lui-même, mais en même temps une partie de la société. Si c'est un groupe, une certaine catégorie de gens, cette répercussion se produit plus vite. Si c'est un seul particulier, elle se produit plus tard, mais elle se produit quand même. Par conséquent, la prétendue diversité entre les contrats administratifs et les contrats civils n'est qu'une diversité formelle et qu'une diversité de degré. A l'essence et en effet, elle est presque inexistante.

D'autre part, on allègue que les contrats administratifs sont tous plutôt de caractère réglementaire que contractuel, qu'ils ne sont pas des contrats au sens classique du mot, mais des contrats d'adhésion, et que par là ils diffèrent des contrats du Droit civil. — Les contrats administratifs sont,

1) Comme par exemple CAPITANT, Note au Dalloz, précitée.

2) En ce sens : BRUZIN, thèse précitée, p. 361.

en effet, tous des contrats d'adhésion. Le marché de fournitures, le marché de travaux publics, la concession de travaux publics, sont préparés d'avance par l'Administration, par sa volonté unilatérale. Ils comportent tous un cahier des charges où toutes les conditions de leur fonctionnement et du fonctionnement du service public qu'ils concernent sont élaborées avec soin et précision : l'objet, le prix, le mode de paiement, le lieu et le temps de l'exécution, etc..., et l'Administration les offre telles quelles à l'adjudication au rabais. Ainsi, s'il s'agit, par exemple, d'un chemin de fer ou d'un tramway, le cahier des charges précise les lignes qui doivent être construites et exploitées, le nombre de trains qui doivent être mis en circulation, les mesures à prendre pour assurer la sécurité des voyageurs. De même, les clauses déterminent les conditions dans lesquelles le public usera du service, les tarifs à payer pour le transport des personnes et des choses, les prix maxima pour la fourniture du gaz et de l'électricité — s'il s'agit d'une concession d'éclairage, etc., etc... Celui qui reste adjudicataire n'a qu'à les accepter sans la faculté d'y rien changer ; il n'a qu'à y adhérer. De la sorte, il y entre comme sous un régime réglementaire et statutaire. La seule liberté qu'il possède en traitant avec l'Administration, c'est de consentir ou de ne pas consentir à ces conditions. Or, étant donné le caractère contractuel d'un contrat d'adhésion uniquement à l'instant de sa signature et son caractère réglementaire à l'époque de sa préparation, pendant laquelle il n'y a pas de pourparlers, de discussions, de propositions et de contre-propositions, la doctrine l'appelle : *loi-convention* (1).

Cette loi-convention est-elle inconnue en Droit civil ? Sûrement pas. La forme du contrat civil a bien évolué depuis la promulgation du Code Napoléon. Le contrat d'adhésion est aujourd'hui une forme très usuelle. Les contrats de transport, d'assurance, de vente à prix fixe, de fournitures par les grandes compagnies, le contrat de travail soit sous le régime du règlement d'atelier, soit sous le régime de la convention collective, ont ce caractère, exactement comme

1) Voir : DUGUIT (Léon), *Transformations du Droit public*, Paris, 1913, pp. 135, 136 ; — HAURIOU (Maurice), *Droit administratif*, 1914 ; — ROLLAND, *Revue de Droit public*, 1909, p. 520.

les contrats administratifs (1). — Cependant, il y a ici une réserve à faire en ce qui concerne les concessions de services publics. Dans les marchés de fournitures et de travaux publics, il n'y a que deux parties en rapport : l'Administration d'une part et le fournisseur ou l'entrepreneur de l'autre. Dans les concessions de services publics, il y en a a trois : l'Administration, le concessionnaire et le consommateur. Elles forment deux rapports juridiques : le rapport entre l'Administration et le concessionnaire (la concession) et le rapport entre le concessionnaire et le consommateur (l'abonnement). Ils sont tous les deux de caractère loi-convention, en se basant sur le cahier des charges édicté par l'Administration. Cette situation quasi-légale est très importante pour les rapports entre le concessionnaire et le consommateur, parce qu'ils se basent sur l'acte d'un tiers, c'est-à-dire de l'Administration. Or, si l'Administration, guidée par son souci du bon fonctionnement du service concédé, apporte un changement au tarif qui fait partie du cahier des charges, le consommateur n'a qu'à s'incliner devant ce nouvel état de choses. On ne lui demandera rien, puisqu'il n'est pas en rapport contractuel avec l'Administration. Il se trouve tout simplement devant un acte administratif réglant sa situation individuelle. Il ne peut d'aucune façon invoquer contre cet acte le principe de la force obligatoire du contrat qu'il a conclu avec le concessionnaire. Il n'a qu'à continuer l'usage du service public dans les nouvelles conditions ou à s'y soustraire (2). Mais comme parfois ce service public est un monopole de fait, la seconde solution ne lui est souvent pas possible. Cette position du bordonné du consommateur est la conséquence logique du caractère réglementaire de la concession, et il est difficile d'en trouver une pareille en Droit civil (3).

Etant tous à titre successif ou à terme, les contrats ad-

1) Dans le même sens : VOIRIN (Pierre), *De l'imprévision dans les rapports de Droit privé*, thèse, Nancy, 1922, p. 16-17.

2) Cons. : JÈZE (Gaston), *La guerre et les concessions de service public (Compagnie de gaz)*, Revue de Droit public, 1916, p. 235 ; — GROS, thèse précitée, p. 126 ; — JACQUEMARD, thèse précitée, p. 90.

3) On pourrait peut-être trouver une certaine analogie entre la concession du Droit administratif et la convention collective de travail du Droit ouvrier : la situation des abonnés et des ouvriers est semblable.

ministratifs sont susceptibles, eux aussi, d'être sujets à l'intervention de la théorie de l'imprévision, car pendant le temps de leur durée les changements imprévus peuvent survenir et altérer l'équilibre primitivement constitué entre les patrimoines des parties contractantes. Ces changements peuvent provenir : soit d'un fait de l'Administration, soit d'un fait étranger aux actes des parties.

Le fait de l'Administration est très fréquent. L'Administration est parfois autorisée à changer les conditions du contrat administratif, si l'intérêt du service public en question l'exige. Elle peut, par exemple, imposer à l'entrepreneur l'exécution des ouvrages non-prévus ou modifier la provenance des matériaux indiqués au devis, diminuer la masse des travaux ou même ordonner la cessation des travaux déjà commencés par l'entrepreneur. Elle peut aussi demander au fournisseur une livraison supplémentaire de marchandises ou réduire la quantité fixée d'un certain pourcentage, selon les besoins momentanés. Elle peut de même, créer de nouvelles taxes et impôts ou augmenter les anciennes. Enfin, l'Administration, étant obligée de s'occuper du perfectionnement du service public concédé, a le droit d'exiger du concessionnaire qu'il fournisse à la place de la lumière au gaz, la seule envisagée dans le contrat de concession, la lumière électrique qui vient d'être inventée et qui était hors de prévisions des parties lors de la conclusion du contrat. — Tous ces actes de l'Administration aggravent la situation matérielle de ses co-contractants et posent la question d'intervention de la théorie de l'imprévision en faveur de ces derniers afin de leur accorder une indemnité correspondant à des pertes subies. — La majorité des auteurs n'admet pas qu'un fait de l'Administration puisse constituer un cas d'imprévision, en disant qu'il entraîne tout simplement la responsabilité de l'Administration de son acte fautif ou dommageable pour inexécution du contrat, en vertu de l'article 1142 du Code civil (1). Cette opinion serait parfaitement juste en matière de contrats civils. Mais l'Administration, en changeant les conditions du contrat, ne commet aucune faute, aucune imprudence ; cela ne

1) En ce sens : BRUZIN, thèse précitée, pp. 178, 179 et note 2 ; — DESJONQUIÈRES (Charles), *L'évolution de la jurisprudence du Conseil d'Etat au sujet de la théorie de l'imprévision dans les marchés de fournitures*, thèse, Paris, 1926, p. 20.

dépend même pas de son vouloir : elle est bien obligée de le faire, parce que l'intérêt supérieur du service public le lui dicte. Si elle a contracté, par exemple, avec un fournisseur la livraison de chaussures pour l'Armée, elle doit augmenter sa demande par suite de la déclaration de guerre, parce que le besoin en chaussures s'accroît de ce fait. Si elle a contracté en vue de la construction d'un pont qui, par suite du déclenchement de la guerre, doit être enlevé afin que l'ennemi ne puisse pas franchir la frontière nationale, les travaux de construction doivent cesser. Le service public est un anneau de la chaîne de l'intérêt général à un moment donné et il doit suivre les transformations de celui-ci. Or, l'Administration n'a pu ni prévoir ni entrevoir ces transformations au moment du contrat tout aussi bien que son co-contractant. L'acte par lequel elle adapte le service concédé à cet intérêt général n'est pas, en effet, l'acte de sa volonté, mais l'acte qui est ordonné par un cas fortuit. Par conséquent, le fait de l'Administration est un événement imprévu pour l'un comme pour l'autre des partenaires, et rien ne l'empêche d'entrer dans le cadre de faits constituant l'imprévision (1).

Parmi les faits indépendants des actes des parties contractantes, il y a : les difficultés survenues au cours des travaux de construction auxquelles on n'a pu songer lors du contrat et qui ne sont pas entrées dans les calculs de l'entrepreneur : la rencontre de nappes d'eau souterraines ou de blocs erratiques ou de couches géologiques d'une dureté insoupçonnée, plus considérable et plus onéreuse que celle qu'on a prévue d'après les couches supérieures et souterraines mises en évidence par les sondages ou galeries d'essai. Les événements de cette nature existaient à l'époque de la formation du contrat, mais leur existence était ignorée par les parties (2). Il y en a, d'autre part, qui surviennent plus

1) En notre sens : LOUVEAU (André), *Théorie de l'imprévision en Droit civil et en Droit administratif*, thèse, Rennes, 1920, p. 66. — SAINT-MARC, *op. cit.*, p. 22.

2) Il est des auteurs qui s'opposent à ce que les difficultés rencontrées à l'intérieur du terrain puissent constituer les cas formant le phénomène de l'imprévision. Voir, par exemple, DE PAGE (Henri), *Traité élémentaire de Droit civil belge*, Bruxelles-Paris, 1933, t. II, p. 491-492, n° 574. — Nous ne croyons pas qu'ils aient raison. La théorie de l'imprévision y est parfaitement en jeu, seulement elle y a un caractère spécial. — En ce sens SAINT-MARC, thèse précitée, pp. 27, 167, 168.

tard, au cours du contrat, comme : la raréfaction des matières premières et la hausse de leurs prix par suite de la guerre ou de la révolution, de la baisse de la monnaie ; l'augmentation des frais de production par suite des lois sociales sur la fixation du minimum de salaires, des conventions collectives de travail ; la diminution de la production provoquée par la réduction législative des heures du travail ou par le manque de main-d'œuvre par suite de la mobilisation générale, etc., etc.

Quelle est l'attitude de la Haute juridiction administrative en face de tous les cas ci-dessus envisagés ? Cette attitude est entièrement favorable à notre théorie, sans distinction entre les cas : pour le fait de l'Administration (1), pour la survenance des difficultés dans les déblais (jurisprudence dite « des déblais ») (2), comme pour le cas de bouleversement général de l'économie des contrats (3). Ce dernier appelle, en effet, la plus grande attention de notre part dans la présente étude.

Bien qu'elle soit très ancienne et ait une tradition remarquable, cette jurisprudence est arrivée à son plus haut degré dans l'arrêt rendu à l'occasion du différend entre la Compagnie Générale d'Eclairage de Gaz de Bordeaux et la ville de Bordeaux, le 30 mars 1916, quand elle se prononça pour la première fois sur le cas de bouleversement de l'économie des contrats par suite de la Grande guerre (4). Jusqu'alors, ses décisions se rapportaient à des cas de faits de l'Administration et de difficultés dans les travaux publics (théorie dite « indemnitaire »). Cet arrêt est d'un intérêt considérable, parce que ce n'est pas une décision d'espèce, mais de principe. Cette décision, extrêmement souple, a été postérieurement perfectionnée et étendue à des contrats autres que la concession de services publics : les marchés de fournitures et même les marchés de travaux publics, dont les cahiers des charges prévoient habituellement très

1) Conseil d'Etat, 1^{er} janvier 1829 ; 20 juin 1873, *LEBON*, p. 567 ; 15 novembre 1883, *D.* 91.3.35, etc. ; — *Cons.* : *VOIRIN*, thèse précitée, p. 8, notes 1^{re}, 2, 3, 4 et 5, et p. 9, notes 1^{re}, 2 et 3.

2) Conseil d'Etat, 2 février 1846 et 13 mars 1870, *Rec. chronique*.

3) Conseil d'Etat, 30 mars 1916, *D.* 1916.3.25 et *S.* 1916.3.17, et note *HAURIU*.

4) Conseil d'Etat, 30 mars 1916, précité.

minutieusement l'intervention de la théorie de l'imprévision, le cas échéant. Cet intérêt est plus considérable encore quand on sait qu'elle a élaboré toute une doctrine sur la théorie de l'imprévision (1). A ce titre, il importe de donner sur elle quelques détails, en exposant certains traits caractéristiques de l'arrêt du gaz de Bordeaux.

Le 8 mars 1904 fut conclu le contrat de concession du service d'éclairage pour une période de trente années, entre la ville de Bordeaux et la Compagnie Générale d'Eclairage de Gaz de Bordeaux, pour tous les usages du « gaz et de l'énergie électrique dans toute l'étendue du territoire de Bordeaux ». Le cahier des charges avait fixé le prix du gaz livré aux particuliers à 0 fr. 17 centimes le mètre cube pour l'éclairage et les usages domestiques, à 0 fr. 16 centimes pour les usages industriels (art. 30) et à 0 fr. 08 centimes pour les nécessités de la municipalité (art. 29). Etant donné que le contrat était d'une durée assez longue et que le prix du charbon était susceptible de variations, d'après les expériences déjà faites, le cahier des charges prévoyait, dans son art. 31, la possibilité d'adaptation du tarif aux variations survenues, mais il mettait une limite à cette adaptation, en prescrivant : « En cas de hausse du prix du charbon ou de diminution de consommation, les prix de vente seront élevés dans la même proportion, *mais ils ne pourront jamais dépasser 0 fr. 18 centimes, 0 fr. 17 centimes et 0 fr. 08 centimes, qui seront maxima* ». Il était indiqué dans la même disposition que, dans la pensée des contractants, les prix normaux de 0 fr. 17, 0 fr. 16 et 0 fr. 08 correspondaient à un coût de 23 francs la tonne de charbon, tous frais payés, et que les prix maxima de 0 fr. 18, 0 fr. 17 et 0 fr. 08 correspondaient à une augmentation du prix du charbon atteignant 28 francs la tonne. Par conséquent, on comptait sur le prix normal de 23 francs et sur le prix maximum de 28 francs la tonne. L'on ne pouvait pas aller plus loin, parce que la tonne de charbon n'avait jamais jusque-là dépassé 28 fr. Pendant la guerre de 1870 le prix avait augmenté, mais son maximum n'avait été que 28 fr. 40 centimes en 1874,

1) Voir : ALIBERT (Raphaël), *L'imprévision dans les concessions de services publics*, Paris, 1924, p. 8.

après la cessation des hostilités. Dans les années suivantes, le prix était redescendu à son niveau habituel. Mais la guerre de 1914-18 amena une hausse inouïe : en mars 1915 il atteignit 44 francs, en décembre de la même année — 73, en mars 1916 — 117 francs. Or, l'augmentation dépassa quatre fois le maximum prévu ($117 : 28 = 4$) ! Qui pouvait prévoir un phénomène pareil ? Personne. La raison ? Parce que toute prévision doit avoir une base qui repose sur l'expérience et sur un pronostic de l'avenir. L'expérience indiquait le maximum de 28 francs la tonne en temps de guerre. Le pronostic : la guerre n'est pas à envisager, parce que l'on se trouvait, au moment de la conclusion du contrat, juste au lendemain des premières conférences de la Haye et à la veille de nouvelles conférences et l'on vivait, comme l'a dit M. CHARDENET, commissaire du Gouvernement au Conseil d'Etat, « sous le charme de la conférence de la paix » (1). Cependant, étant donné la longue durée du contrat, on avait eu égard au maximum de 28, qui paraissait suffisant même pour le cas où une guerre viendrait à se déclencher.

Devant une telle augmentation du prix de la houille, il est évident que la Compagnie concessionnaire se trouvait dans une grande difficulté pour continuer l'exploitation du service concédé dans les conditions primitives, difficulté qui l'entraînait à la ruine complète, à la faillite et à la cessation du travail. Et ce n'était pas seulement la hausse des prix de la matière première qui causait des pertes à la Compagnie, mais, en outre, la demande croissante des consommateurs menaçait de les doubler ; les consommateurs préféraient utiliser le gaz plutôt que d'autres combustibles, parce que, contrairement à ces derniers, le prix du gaz ne variait pas. Ajoutons que la Compagnie ne pouvait retirer des sous-produits (coke, goudron, benzol) qu'un bénéfice infime en comparaison des pertes considérables qui l'accablaient.

La Compagnie tenta de s'arranger à l'amiable avec la municipalité, mais sans succès (2). La Compagnie s'adressa

1) Conclusions sous l'arrêt du Cons. d'Etat du 30 mars 1916.

2) Il y eut toutefois quelques transactions amiables. Parmi 650 cas, il y en eut 250 où les arrangements eurent lieu. — Cons. : VOIRIN, thèse précitée, p. 13, note 1re.

alors à la juridiction administrative compétente, en l'espèce au Conseil de Préfecture de la Gironde. Le Conseil de Préfecture invoquant les clauses du traité, l'art. 1134 du Code civil qui consacre le principe de la force obligatoire des conventions et le respect de la parole donnée, comme l'absence d'impossibilité absolue d'exécution et, par suite, de force majeure, cas unique où le Code civil permet l'exonération du débiteur de l'accomplissement de son engagement (art. 1147, 1148 et 1184), — refusa de faire valoir les prétentions de la Compagnie ayant demandé soit la résiliation du contrat, soit la fixation d'un nouveau prix de la tonne de charbon, et lui imposa l'exécution stricte du contrat de concession (1). La Compagnie déféra ensuite cet arrêté au Conseil d'Etat. Elle lui demanda, en invoquant la théorie de l'imprévision, d'accorder pour chaque franc d'excédent du prix de la tonne de houille au-dessus de 28 francs, un relèvement de 0 centimes 375 du prix du mètre cube de gaz. Elle réclamait, en outre, à la ville, une indemnité de 2.739.000 francs pour les charges anormales qu'elle avait déjà supportées. Le 30 mars 1916, le Conseil d'Etat décida :

« Article premier : L'arrêté sus-visé du Conseil de Préfecture de la Gironde, en date du 30 juillet 1915, est annulé ;

« Article 2 : La Compagnie Générale d'Eclairage de Bordeaux et la ville de Bordeaux sont renvoyées devant le Conseil de Préfecture pour être procédé, si elles ne s'entendent pas amiablement sur les conditions spéciales auxquelles la Compagnie continuera son service, à la fixation de l'indemnité à laquelle la Compagnie a droit à raison des circonstances extracontractuelles dans lesquelles elle aura dû assurer le service concédé.

« Article 3 : La ville de Bordeaux est condamnée à tous les dépens de la première instance et d'appel. »

1) Il y avait aussi des conseils de préfectures qui donnèrent satisfaction aux demandes des compagnies concessionnaires. Ainsi, Cons. de Préfecture de Seine-et-Oise, 20 octobre 1915 ; Cons. de Préfecture d'Eure-et-Loire, 14 janvier 1916 ; — Cons. de Préfecture de la Seine-Inférieure, 10 novembre 1915 ; — Cons. de Préf. de la Drôme, 18 février 1916, etc. — Cons. : SAINT-MARC, thèse précitée, p. 19 ; — JÈZE, *op. cit.*, p. 207.

Les motifs : Le service concédé de l'éclairage doit fonctionner continuellement et ne doit pas s'arrêter même un instant. La Compagnie concessionnaire ne pourrait pas, vu le nouvel état de choses, assurer cette continuité si elle devait le faire aux anciennes conditions, parce qu'elle arriverait à l'impossibilité absolue, en tombant en faillite. Donc, si on veut laisser la suite de l'exploitation du service de l'éclairage à la Compagnie, on doit venir à son secours. — Il y avait également d'autres solutions que le Conseil d'Etat aurait pu envisager si elles n'avaient pas eu de graves inconvénients, comme par exemple : la mise sous sequestre et l'exploitation en régie aux frais du concessionnaire, ou la résiliation du contrat et la continuation du service en régie par le concédant ou par une autre compagnie avec laquelle on aurait conclu un nouveau contrat de concession. La première solution était néfaste pour deux raisons : la Compagnie risquait de faire faillite et de ne plus pouvoir supporter les frais imposés par l'Administration. Dans ce cas, on aurait été obligé d'arriver à la seconde solution. D'autre part, elle n'était absolument pas pratique. L'Administration ne peut pas toujours effectuer l'exploitation des services publics. Elle est souvent obligée de les concéder aux particuliers. Parmi ces derniers se forme une certaine clientèle habituellement demandée par l'Administration et qui possède la solvabilité et la spécialité nécessaires. L'Administration la connaît et s'adresse toujours à elle, en la préférant aux autres personnes qui lui sont inconnues. Or, pour conserver ce cadre de personnes qui lui sont très utiles, l'Administration doit les préserver de toutes les surprises de l'imprévision, en leur offrant la sécurité dont elles ont besoin. — La seconde solution n'aurait pas été moins inopportune. Si l'Administration prenait l'exploitation du service en régie et à ses frais, elle était grevée de tous les risques que l'imprévision entraîne ; le concessionnaire aurait été protégé par là contre tout aléa à courir, même contre l'aléa ordinaire qui découle de la nature du contrat à long terme (1). Cela aurait eu, en outre, comme conséquence, le retard ou l'interruption fatale dans la marche du service, quelque célérité que l'on mette à transmettre l'exploitation à l'Admi-

1) En l'espèce, la Compagnie et la ville partagent les risques,

nistration. Si l'Administration avait passé un nouveau contrat avec une autre compagnie, les conditions de ce contrat-là n'auraient certainement pas été les mêmes que celles du contrat résilié, car on aurait bien été obligé de prendre en considération le nouvel état de choses. Attendu que c'est précisément ce que la Compagnie concessionnaire demandait qu'on lui accorde, cela n'aurait rien changé. — Par conséquent, la solution la plus opportune était que le concessionnaire soit laissé dans l'obligation de continuer l'exploitation du service concédé sans l'interrompre, et que l'Administration lui accorde la révision des prix du tarif et, en plus, une indemnité pour les pertes déjà subies, solution à laquelle le Conseil d'Etat se rallia.

Aussitôt après cet arrêt du Conseil d'Etat se posa la question suivante : que doivent faire les usagers du service concédé par suite d'un changement amiable, apporté par la Compagnie et la ville, au tarif d'abonnement ? Doivent-ils s'y conformer ou ont-ils le droit de s'y opposer en invoquant la lettre de leurs contrats conclus avec la compagnie concessionnaire ? La question fut tranchée par le Tribunal civil de la Seine (1^{re} chambre), le 10 mai 1916 (affaire Delille), qui condamna le sieur Delille à se conformer au nouveau tarif de 0 fr. 20 le mètre cube de gaz (ancien prix : 0 fr. 16), parce que « Delille qui a accepté la police d'abonnement rédigée dans les conditions du cahier des charges, doit subir les modifications qui ont été apportées à ce cahier des charges » (1), idée qui est déduite du caractère réglementaire de la concession du service public, dont nous avons parlé tout à l'heure.

En dehors de toute autre évolution et de l'extension dans le temps et dans l'espace que le principe une fois posé a reçues dans la suite (2), il convient de remarquer que la base essentielle de la théorie de l'imprévision en Droit administratif n'est pas toujours restée limitée à la bonne marche et à la continuité du service public concédé. Il y a eu no-

1) Trib. civ. Seine (1^{re} Chambre), 10 mai 1916. *Revue des concessions 1915-1917*, p. 290, et *Rec. gaz. Trib.* 1916, 2. 38, Conclusions de M. REGNAULT.

2) Voir la liste complète de tous les arrêts consécutifs dans : LAPEYRE (Jean), *De l'imprévision dans les marchés passés par les sociétés de gaz et d'électricité*, thèse, Poitiers, 1923,

lamment un arrêt, en 1928, où il ne s'agissait pas du tout de cela ; il s'agissait tout simplement de la protection de l'intérêt pécuniaire de l'Administration : le Conseil d'Etat appliqua la théorie de l'imprévision pour revaloriser une créance de l'Etat conformément à la nouvelle situation, née de la guerre (1).

Section C

EN DROIT INTERNATIONAL PUBLIC (2)

En Droit international public, branche du droit qui représente le plus haut degré des relations juridiques et le point culminant du droit positif, le problème qui nous intéresse se pose avec le plus d'acuité. La raison en est que cette branche du droit, qui régit les rapports entre Etats, organisations les plus vastes et les plus fermées, puise

1) L'arrêt Pechdo, Cons. d'Etat, 10 février 1928, S. 29.3.113. — La particularité de cet arrêt consiste en ce qu'il ne se rapportait pas à un contrat, mais à un acte administratif. Voici le cas : en vertu de l'art. 34 de la loi du 16 septembre 1807, tous les propriétaires intéressés à l'entretien et à la réparation des levées et barrages, sont obligés de prendre part aux dépenses. La part contributive de chacun est réglée par des actes de l'Administration publique. Ainsi, un décret en date du 3^e décembre 1907 a fixé la contribution du propriétaire du Moulin de Calvignac (le sieur Pechdo) sur le lot dans les dépenses d'entretien et de réparation du barrage de Lanigol. Selon ce décret, le taux de la participation du sieur Pechdo a été fixé forfaitairement à 150 frs par an, et il ne pouvait être révisé que tous les 30 ans. Cependant, un décret du 4 décembre 1924 vint décider que le forfait pouvait être révisé tous les 5 ans et que le chiffre de la contribution serait majoré. Le sieur Pechdo attaqua pour excès de pouvoir. Le Conseil d'Etat repoussa la requête, en se fondant « d'une part, sur ce qui appartenait à l'Administration de garder à la contribution son caractère proportionnel au coût réel de ces travaux, conformément à l'art. 34 de la loi du 16 décembre 1807, d'autre part, sur ce que le décret attaqué *n'a fait qu'adapter le régime antérieur à la situation nouvelle, née de la guerre et que l'auteur du décret de 1907 ne pouvait prévoir* ».

2) Il serait également intéressant de parler de l'étendue de la théorie de l'imprévision en Droit international privé. Mais nous ne nous en occuperons pas pour deux raisons : tout d'abord, cette branche du droit est régie par les principes du Droit civil ; la théorie des conflits des lois qui représente la partie principale du Droit international privé, n'est que le problème de la compétence de l'une ou de l'autre des législations en

presque toute son existence dans les traités — contrats internationaux, et que la théorie de l'imprévision porte atteinte à la force obligatoire absolue de ces instruments juridiques. Or, il y a le danger fort grave, si l'on n'opère pas avec beaucoup d'attention et de prudence, qu'en procédant au nom de notre théorie, on ne supprime le fondement même du Droit international et toute possibilité de collaboration pacifique entre nations, en les poussant à des querelles et des guerres perpétuelles, à l'anarchie et au désordre.

Le Droit international public est fort différent du Droit interne. Cependant cette différence est plutôt d'ordre technique et formel que d'ordre normatif et essentiel. Le Droit interne est exprimé par l'ordre juridique

cause : le différend se résout en vertu du droit interne compétent. D'autre part, bien qu'il y ait un élément international (une ou les deux parties sont étrangères ; le lieu de la conclusion ou de l'exécution de l'acte juridique est à l'étranger, etc.) impliquant la nécessité de coopération interétatique basée sur l'intérêt du commerce juridique international, très développé aujourd'hui, nous en parlerons à propos du Droit international public, car nous y rencontrerons ce même élément, quoique sous une forme un peu différente, en qualité de fondement de la théorie de l'imprévision dans cette branche du droit. Par conséquent, il n'y aurait presque rien de nouveau au point de vue théorique à apporter, si l'on s'arrêtait au Droit international privé. Au point de vue pratique, il serait probablement très utile d'étudier la jurisprudence à ce sujet, laquelle abonde, sans doute, en exemples. — Nous en citerons un, qui se rapportait à un différend entre la Compagnie belge d'électricité de Sofia et de Bulgarie et la Municipalité de Sofia. — La Municipalité de Sofia avait accordé, en 1898, à une société française, la « Société des Grands Travaux de Marseille », une concession relative à la distribution d'électricité pour l'éclairage et la force motrice de la ville de Sofia. Cette société française céda, en 1909, ses droits à la « Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie », société fondée à Bruxelles, le 8 septembre 1908. Cet acte fut approuvé par la Municipalité de Sofia. La concession devait expirer le 31 décembre 1940. La guerre de 1914 survint. Les installations de la Compagnie belge furent reprises, le 1^{er} septembre 1916, par la Municipalité de Sofia. Lors de la conclusion du traité de paix de Neuilly du 27 novembre 1919, la Compagnie se vit, en vertu de l'art. 182 du dit traité, reconnaître le droit à la restitution de son entreprise et à une indemnité qui devait être fixée par un tribunal mixte, chargé également d'adapter le contrat de concession aux nouvelles conditions économiques, en cas de désaccord entre les

consistant en une hiérarchie de règles juridiques, commençant par le contrat et le statut et finissant par la loi et la constitution. Les actions individuelles se concilient dans les contrats, accords des volontés en jeu, doivent se conformer à la règle générale consacrée par la loi et la constitution. Les contrats doivent être « légalement » formés (art. 1134 du Code civil). A vrai dire, les contrats ne créent pas le droit, à moins qu'il ne s'agisse de la coutume ; il est tout simplement un instrument d'échange de biens et de services. Le Droit international, au contraire, n'est guère constitué pour sa plus grande et importante partie, que par les traités tranchant les différends entre les Etats respectifs ou établissant de nouveaux modes de collaboration. Ils sont à la fois des instruments d'échange — les contrats, et des normes de droit — les lois, n'ayant souvent au-dessus d'eux aucune règle avec laquelle leur contenu devrait être en harmonie. — D'autre part, la norme de droit, une fois posée en droit interne, est munie de nombreux moyens lui assurant le respect et l'efficacité. Autrement dit, elle possède une sanction matérielle pour le cas où elle est violée et organise des corps spéciaux qui mettent en œuvre ses effets ; ce sont : le pouvoir judiciaire et le pouvoir exécutif. En Droit international, il n'y a que la norme, dont la valeur juridique est d'ailleurs la même que celle de la norme du droit interne, mais son respect est à la merci de ceux qui le lui doivent : il n'y a pas d'autres autorités en dehors et au-dessus de ceux-ci. Alors, considérant que cette norme se constitue par le traité, les parties y participant sont le législateur, la partie et le juge en même temps. Ce phénomène, très gênant du reste, est dû au fait que, à la différence de la société interne qui représente une organisation parfaite et finie, la communauté internationale n'est qu'une organisation imparfaite et embryonnaire.

parties. — Ce tribunal arbitral mixte belgo-bulgare statua le 5 juillet 1923 et rendit un jugement, le 30 octobre 1925, sur la base du rapport des experts, qui accorda, parmi d'autres solutions, la révision du prix de vente du courant électrique, conformément au coût de la vie et au pouvoir d'achat du lev, résultant de la guerre. — Voir : Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie, dans la Publication de la C.P.J.I., Série A/B, fascicule n° 77, 1939, p. 69-70.

De ces deux distinctions découlent les conséquences suivantes. La primordiale est que le traité international a une qualité et une valeur bien supérieures à celles du contrat du droit interne. Le traité doit être élaboré, interprété et exécuté toujours de bonne foi, avec la moralité autant que possible et avec le bon sens des parties en rapport, car c'est le seul support qui le soutienne. Le contrat du droit interne ne doit pas non plus négliger tous ces éléments moraux, mais s'il le fait, la conséquence en est qu'il sera annulé par la sanction de la norme juridique. S'il est vicié *ab initio*, il est nul. S'il est correctement conclu et si, postérieurement, les parties ne sont pas d'accord sur son interprétation, ou si l'une d'elles refuse de l'exécuter, il y a le juge qui est compétent pour l'interpréter et le faire respecter. Par conséquent, on peut dire qu'en droit interne, les parties peuvent être dépourvues de toute aptitude morale et se conformer quand même aux exigences des bonnes mœurs, parce qu'elles y sont obligées. Dans un traité international, elles doivent se comporter, du début jusqu'à la fin de leur rapport, comme des êtres moraux et le moins possible égoïstes, parce que tout dépend d'elles : la formation, l'interprétation et le respect dû au traité. — En ce qui concerne la formation, le traité ne devrait pas être vicié. Comme en droit interne, en Droit international aussi, les parties sont très rarement de force égale. Il y en a toujours une qui est plus forte que l'autre. Mais celle qui domine, surtout lorsqu'on fait un traité de paix, à la suite d'une guerre, où il y a le vainqueur et le vaincu, — ne doit pas dicter à l'autre des conditions à sa guise : il faut qu'elle tienne compte des intérêts vitaux de son partenaire, si elle veut que le traité demeure longtemps intact, même quand l'Etat vaincu aura repris sa force et sera devenu à nouveau apte à se battre. La même attitude est nécessaire pour l'interprétation et pour l'exécution du traité. Dès lors, si celui-ci est réellement fait de la façon ci-dessus indiquée, s'il est vraiment « respectable » (1) et conforme à l'esprit internationaliste, l'Etat auquel il est imposé manquerait à son devoir et à sa dignité, il violerait le droit, s'il ne le respectait pas même

1) Voir : SCILLE (Georges), *Théorie juridique de la révision des traités*, Paris, 1936, p. 14 ; — RADOIKOVITCH (Miloch), *La révision des traités et le Pacte de la Société des Nations*, thèse, Paris, 1930, p. 30.

quand il n'y sera plus contraint par la force. — *Pacta sunt servanda* ! Ce principe, que l'on retrouve partout où il s'agit du contrat à longue durée, en Droit interne ainsi qu'en Droit international, nous paraît plus sacré et plus indispensable dans ce dernier. Voici pourquoi : si on l'enlevait au contrat civil, si on n'y respectait plus la parole donnée, on n'aurait qu'un manque de confiance et qu'une diminution du trafic ; on n'aurait plus de contrats successifs et à terme. C'est tout. On les remplacerait par les contrats à exécution instantanée. Il est vrai qu'il y aurait de grandes difficultés, que la société subirait par là de grands inconvénients, parce qu'il n'y aurait plus de crédit, mais elle subsisterait quand même, l'ordre juridique et la paix sociale y survivraient. Mais si on le faisait en Droit international, les conséquences en seraient beaucoup plus graves : on n'aurait plus de droit international, d'ordre et de paix dans le Monde. D'autre part, quand on prend en considération le caractère spécifique du Droit international, dépourvu de toute sanction, de tribunal obligatoire et de pouvoir exécutif, et que le traité renferme presque tout ordre juridique, portant la qualité de loi et de convention à la fois, le principe semble plus précieux encore, aboutissant, si on peut dire, à la physionomie d'un dogme religieux ou d'un impératif catégorique. En Droit interne, le respect de la parole donnée est consacré par une règle positive. S'il manque, la norme interviendra pour l'établir ; le manque de respect de la parole donnée ne porte pas atteinte à l'ordre social : elle le met simplement en mouvement. En Droit international, sa consécration demeure dans la conscience internationale des Etats et des individus. La violation du respect qui lui est dû, c'est l'atteinte à la conscience de sa nécessité, c'est en même temps l'atteinte à l'ordre international. C'est pourquoi ce respect ne devrait pas faire défaut. Insister pour sa conservation absolue est un devoir éducatif et moralisateur, parce qu'on favorise et on fortifie par là la fermeté de cette conscience qui est le tout : en dehors d'elle, il n'y a rien, ou, mieux, il n'y a que la force brutale et injustifiable. Par conséquent, tandis qu'en Droit interne le principe *pacta sunt servanda* est d'une portée considérable, en Droit interna-

tional public, il est une *conditio sine qua non* des relations internationales pacifiques (1).

Néanmoins, bien qu'il en soit ainsi, les traités internationaux succombent inévitablement à l'intervention de la théorie de l'imprévision, théorie qui s'oppose au respect absolu des traités à exécution successive ou différée, lorsque les circonstances ou le milieu politique en vue desquels on a contracté changent de telle sorte que le traité perd la totalité ou seulement une partie de sa raison d'être, — ou lorsque de nouvelles circonstances, auxquelles on n'a pas songé lors du contrat, surviennent, ayant le même effet sur le traité qu'un changement. Il est, en outre, à souligner que la théorie de l'imprévision a l'occasion d'intervenir plus fréquemment en Droit international qu'en Droit interne, parce que les traités internationaux sont, en général, de très longue durée, plus longue que celle des contrats du Droit interne, et souvent indéterminée (*in æternum*). Cette circonstance rend possible la survenue de telles surprises inopinées que la nécessité de renoncer aux traités ou de les modifier s'impose sans discussion. — Supposons, par exemple, que deux Etats aient conclu un traité d'alliance contre un troisième Etat, dont l'agression directe menace l'un d'eux. Au moment où le traité devrait fonctionner, dans l'Etat qui s'est obligé à aider son partenaire attaqué, éclate une révolution. Il est évident qu'il devra alors renoncer au traité et manquer au respect dû à sa parole, pour pouvoir s'occuper du maintien de l'ordre interne mis en péril, car *salus rei publicæ suprema lex est* (Révolution russe en 1917). De même, si un Etat contractant se soumet volontairement à l'Etat contre lequel le traité a été conclu (question des traités relatifs à l'autonomie de la Mongolie Extérieure). Ou : un Etat de structure agricole passe un traité économique avec un autre Etat de structure industrielle afin de se procurer les produits industriels de ce dernier. A un moment donné, avant que ce traité soit expiré, il change de physionomie économique, il devient, grâce à sa politique économique, lui aussi, un pays industriel. Le traité se trouve par là en situation d'être ou modifié et adapté au nouvel état de choses,

1) En ce sens : RADOIKOVITCH, thèse précitée, p. 15.

ou complètement dénoncé, selon les circonstances (1). Ou bien, un Etat s'est chargé envers un autre de lui accorder un droit d'exploitation d'une partie de son territoire, très peu peuplée et mal cultivée, ou un autre droit quelconque (par exemple, la juridiction consulaire). L'Etat bénéficiaire s'installe sur la partie concédée et commence à réaliser son droit. Cependant, après quelque temps, le pays concédant devient beaucoup plus peuplé (ou plus civilisé) qu'à l'heure du traité, et se sent fort gêné par la présence de l'Etat concessionnaire. Il a besoin, par exemple, de construire des chemins de fer ou des quais, d'exploiter les mines et les forêts sur le territoire concédé (ou d'établir son pouvoir judiciaire), mais il ne le peut pas à cause du traité. Faut-il alors toujours respecter le traité ou le sacrifier au besoin vital du développement du pays se trouvant paralysé par le traité ? Il va de soi que la seconde solution est préférable (question de Terre-Neuve, du Chemin de fer du Saint-Gothard et des Capitulations). Par suite, un Etat fait des emprunts à l'étranger pour que le Gouvernement impopulaire, qui s'est emparé du pouvoir, puisse s'y maintenir. Le peuple, ayant brisé son joug, peut-il refuser de respecter les accords qui n'ont servi qu'à resserrer ses chaînes ? L'idée de liberté l'autorise à violer la parole donnée par ses maîtres (non-paiement des dettes russes à l'étranger par la Russie soviétique). Un Etat conclut un traité relatif à l'esclavage avec un autre Etat, à supposer, bien entendu, que l'esclavage soit reconnu par les lois internes des contractants (2). Ou bien, un traité relatif à la propriété privée. Si ensuite la Constitution de l'un des partenaires change, en abrogeant l'institution de l'esclavage ou celle de la propriété privée (Russie bolcheviste), leurs traités n'ont plus de raison d'être. Enfin, prenons le cas où plusieurs Etats ont garanti la neutralité perpétuelle de l'un d'entre eux. Après quelques années, l'un des garants viole unilatérale-

1) Voir : COQUET (Etienne), *De la clause rebus sic stantibus*, p. 6, Concours pour l'agrégation des Facultés de Droit, Section du Droit public, le 15 octobre 1912, *De la clause rebus sic stantibus*.

2) Exemple rapporté par L. OLIVI, *D'un cas controversé de cessation de la force obligatoire des traités internationaux*, *Revue de Droit international et de législation comparée*, XXIII, 1891, p. 591-610.

ment cette neutralité. L'Etat garanti se sent par suite libéré de ce traité, et est autorisé à reprendre sa souveraineté jusque-là limitée (neutralité belge).

Etant donné toutes les situations précédentes et quantité d'autres, dont la pratique internationale abonde (1), la doctrine, quoique avec grand regret, a unanimement reconnu, sauf quelques exceptions (2), la légitimité de la théorie de l'imprévision en Droit international public. A côté du principe *pacta sunt servanda*, elle en pose un autre qui lui paraît contraire, mais qui, en effet, le précise, en lui donnant un champ d'application bien défini. C'est le principe : *Omnis conventio intelligitur clausula rebus sic stantibus* (toute convention contient la clause tacite *rebus sic stantibus*). Le Pacte de la Société des Nations, embryon d'une organisation superétatique, le reconnaît également. Après avoir rendu hommage au principe *pacta sunt servanda* dans son préambule : « Les hautes parties contractantes, considérant que, pour développer la coopération entre les nations et pour garantir la paix et la sûreté, il importe... de respecter scrupuleusement toutes les obligations des traités dans les rapports mutuels des peuples organisés », le Pacte se préoccupe dans son article 19 de la théorie de l'imprévision, en la consacrant et en prescrivant la procédure de son application : « L'Assemblée peut, de temps à autre, inviter les membres de la Société à procéder à un nouvel examen des traités devenus inapplicables, ainsi que des situations internationales, dont le maintien pourrait mettre en péril la paix du Monde ».

La lecture attentive de ces textes nous révèle le fondement même de la théorie de l'imprévision en Droit international public : il est le même que celui sur lequel s'appuie le principe de la force obligatoire des traités : le maintien de la paix dans le Monde. Un traité qui est fait en vue des intérêts des deux parties contractantes et de l'esprit et

1) Cons. : SCELLE, *op. cit.*, p. 29 ; — DU MÊME AUTEUR, *Précis de Droit des gens*, II partie, Paris, 1934, p. 424 ; — Concours pour l'agrégation des Facultés de Droit, précité ; — POURITCH (Bojidar), *De la clause « Rebus sic stantibus » en Droit international public*, thèse, Paris, 1918, p. 85 et s. ; — RADOIKOVITCH, thèse précitée, p. 280.

2) Voir dans BRUZIN, thèse précitée, p. 291, note 3, et p. 292, note 1re.

du sens international, doit être scrupuleusement respecté de la part des deux partenaires, c'est-à-dire que ceux-ci ne peuvent y apporter aucun changement sans se consulter et sans tomber d'accord à ce sujet. Mais cette obligation ne durera que jusqu'au moment où le milieu politique, économique ou social qui servait de base à ce traité ne change et ne se modifie de telle sorte que l'application stricte des termes primitifs de ce traité menace la conservation ou l'existence d'un des Etats en rapport, ou empêche son développement naturel, ou lui cause un préjudice grave, un grand dommage économique, etc... C'est là donc où il faut s'arrêter : le principe *pacta sunt servanda* perd du terrain, c'est-à-dire que sa validité ne s'étend que jusqu'à cette limite-là. Mais pour qu'il puisse céder la place à l'autre : *clausula rebus sic stantibus omni pacto intelligenda est*, il faut que l'Etat qui dénonce le traité soit sincère et que les inconvénients provenant du maintien absolu du traité soient véritables (1). Et ce n'est pas tout. Il faut, en outre, que les inconvénients découlant du respect intégral du traité soient plus graves et plus nuisibles pour l'Etat qui le dénonce, que ceux qui découlent de la dénonciation pour l'autre Etat. Autrement dit, l'Etat qui dénonce doit procéder, comme à l'époque de la formation et pendant la validité du traité, en respectant tout à la fois les intérêts de son partenaire et ceux de la communauté internationale, avec beaucoup de droiture, de bonne foi, d'honnêteté et de souplesse... En peu de mots, il faut qu'il n'en abuse pas (2). Cette bonne volonté doit émaner également de l'acte même de dénonciation, de sa procédure. Il est donc courtois que l'Etat qui dénonce le traité devenu inapplicable adresse une note diplomatique à son cosignataire, où il expose les motifs qui l'y ont décidé (3). Cette forma-

1) En ce sens : SÉGUR (Louis), *De la clause rebus sic stantibus*, Concours pour l'agrégation, précité, p. 12-14.

2) Comme exemple de l'abus de la théorie de l'imprévision, on cite : la dénonciation de la part de la Russie tsariste du traité de Paris du 30 mars 1856, par lequel la Russie avait pris l'obligation de respecter la neutralité de la Mer Noire. Au moment propice, en 1871, elle y renonça unilatéralement sans se consulter préalablement avec les autres Etats cosignataires. La conférence de Londres qui eut lieu à ce propos, condamna cet acte, mais reconnut, en principe, la théorie de l'imprévision.

3) Voir : La conférence de Londres de 1871. — Cons. : POUITCH, thèse précitée, p. 100-101.

lité n'est pas un acte constitutif de l'imprévision, c'est-à-dire de l'extinction du traité dont il s'agit, car cet effet se produit *ipso facto* par la survenance de l'événement imprévisible. Elle n'est nécessaire et recommandée que comme un moyen auxiliaire : pour pouvoir examiner et approuver l'exactitude et la justification de l'intervention de la théorie de l'imprévision. La partie à laquelle la dénonciation est adressée, et qui peut l'accepter ou la rejeter, en se résignant ou en recourant à des représailles ou à la force, doit se comporter de même. Sa conduite est d'ailleurs sans importance, parce que le traité cesse de lier l'Etat qui dénonce dès qu'il l'a déclaré, sans qu'on ait besoin de consentement de son partenaire. Seule, la dénonciation unilatérale est suffisante pour que le traité frappé de l'imprévision soit éteint. L'acceptation de celle-ci par l'autre partie ne peut signifier qu'une résignation devant un fait accompli passé aussitôt en forme juridique. Si son vrai consentement intervient, on sort du domaine de l'imprévision en entrant dans celui de la convention : l'extinction du traité par le *mutuus dissensus*. La force obligatoire du contrat ne tombe donc pas devant une volonté soit unilatérale, soit bilatérale, mais devant une règle du Droit international. Personne ne prononce cette extinction, car il n'y a pas de juge, comme en Droit interne. La déclaration de l'Etat qui dénonce et la réponse de l'autre Etat n'ont pas le caractère constitutif, mais seulement déclaratif. C'est pourquoi la théorie de l'imprévision n'a jamais pour effet la modification, mais régulièrement l'extinction du traité. La théorie de l'imprévision en cette branche du droit est, à la différence du Droit civil, un mode d'extinction de l'obligation. Pour que la modification puisse intervenir, il faut avoir un arbitre obligatoire qui la prononcerait. Toute modification faite par les parties elles-mêmes, n'est qu'un nouveau contrat.

En conclusion, la théorie de l'imprévision est entièrement adoptée par le Droit international public. Son fondement et son critère sont les mêmes que ceux du principe du respect de l'engagement assumé. Le Pacte de la Société des Nations les a admirablement exprimés dans les textes précités, en disant que ce sont : la coopération entre Etats et

la paix dans le Monde (1). Il se peut d'ailleurs qu'au point de vue du droit pur et de la raison, cela paraisse illogique : la paix mondiale dépend à la fois du respect des traités internationaux et de leur révision ou dénonciation ! N'est-ce pas contradictoire ? Oui, sans doute. Mais, vu sous l'aspect d'un droit sociologique, d'une règle qui puise sa force vitale non pas dans les principes et le raisonnement métaphysique, mais dans la réalité sociale, il n'y a rien d'illogique là-dedans. Le principe de la force obligatoire des traités est une formule *statique* dans le système juridique existant. La statique doit freiner le mouvement trop poussé de la vie. Elle le canalise et le modère. Mais si l'on exagère, la statique peut l'étouffer, l'anéantir, car la vie évolue fatalement et sans arrêt. C'est pourquoi il faut avoir un élément *dynamique* dans le système des règles rigides, qui les assou-

1) La doctrine, unanime depuis Grotius et Pufendorf sur le principe, s'efforce toujours de trouver un critérium sûr pour son application. Mais elle n'arrive jamais à se mettre d'accord. Autant d'auteurs, autant d'opinions : la justice, le droit de conservation et de nécessité, un intérêt vital, le développement naturel, le but du traité, l'incompatibilité avec la Constitution, et autres. Tous ces critères sont exposés au même reproche : ils peuvent servir à des situations d'espèce ; mais il leur manque la qualité de pouvoir englober tous les cas possibles ; en outre, l'Etat qui s'en prévaut, n'étant pas sincère, peut frauder, parce qu'ils ne sont pas précisés. Il ne reste, par conséquent, qu'un seul critérium plausible : le besoin continu de la collaboration internationale et de la paix dans le Monde, basé sur l'idée de solidarité interétatique. Ce critère, bien qu'il ne soit pas mieux précisé que les autres, est plus exact, parce qu'il renferme toutes les situations qui peuvent se présenter et éloigne la possibilité de frauder. Si tout Etat, en agissant, a l'intention de ne pas interrompre les relations pacifiques avec ses « concitoyens » internationaux, il tâchera d'y apporter le maximum de bonne volonté et d'esprit cosmopolite. Ce critère est préférable pour une raison de plus, c'est qu'il n'envisage pas exclusivement l'intérêt égoïste d'un Etat (sa conservation, etc.), comme les critères ci-dessus, mais directement le plan international et l'intérêt universel. Si on lui reproche d'être trop général, vague et abstrait, cela peut être juste ; mais cette imperfection n'est pas irréparable, puisqu'il aura sa précision dès qu'il sera concrétisé. Le cas concret démontrera toujours s'il s'agit de l'atteinte à la nécessité de collaboration et de paix, et à leur sauvegarde. — Voir sur la doctrine : POURTCH, thèse précitée, p. 24-74 ; — BRUZIN, thèse précitée, p. 294-302 ; — RADOIKOVITCH, thèse précitée, p. 55-178.

plira et les accommodera à cette évolution puissante de la vie, qui conciliera donc la vie et la règle. Cet élément est la *clausula rebus sic stantibus*, « ce soupirail par lequel les nouveaux rapports vils seront fondus en nouvelles règles juridiques », comme disait M. LADYJENSKY (1). Par conséquent, la clause *rebus sic stantibus*, c'est-à-dire la théorie de l'imprévision (2) se trouve dans la position d'un intermédiaire entre le droit, qui est de caractère statique, et le fait, qui est de caractère dynamique : la clause est en marge ; elle représente la main tendue du fait au droit, en les conciliant, et, ce qui est d'une importance considérable, en restant toujours sur le terrain juridique, car on réalise avec elle l'évolution nécessaire sans entrer en révolution internationale et sans violer l'ordre social interétatique. De ce chef, il est à souligner, une fois de plus, que la théorie de l'imprévision n'est absolument pas contraire au principe de la force obligatoire des traités. Au lieu de le contredire, elle le précise et limite son étendue qui ne peut certainement pas aller à l'infini, à l'absolu (3). Il est valable tant qu'il repose sur les besoins intersociaux, sur la conscience intersociale de sa nécessité. Au-delà, sa raison d'être n'a plus d'appui. De la sorte, les conditions réunies, la théorie de l'imprévision est fondée sur la conscience de sa nécessité au même chef que le grand principe *pacta sunt servanda*. Et cette conscience a trouvé sa plus belle expression dans le Pacte de la S.D.N.

Peu importe si la procédure proposée par le Pacte n'est pas efficace et pratiquement réalisable. Il est vrai qu'elle

1) LADYJENSKY (A.), *La clause rebus sic stantibus dans le Droit soviétique, le Droit et la Vie*, Moscou, 1925, n^{os} 2-3, p. 15, cité par MIRKINE-GUETZEVITCH, *La doctrine soviétique du Droit international*, p. 325.

2) En Droit international public, la théorie de l'imprévision est plus connue sous le nom de clause « *rebus sic stantibus* » que sous celui de l'imprévision. Nous verrons dans l'exposé théorique de la présente étude que la dénomination habituelle n'est pas tout à fait correcte. — Dans ce sens : SCELLE, *Précis de Droit des gens*, ouvrage précité, p. 417.

3) En ce sens : LE FUR (Louis), *La philosophie du Droit international*, R.G.D.I.P. t. 28, Paris, 1921, p. 587 ; — DU MEME AUTEUR, *Etat fédéral et Confédération d'Etats*, thèse, Paris, 1896, p. 450 ; — *La théorie du Droit naturel depuis le XVII^e siècle et la doctrine moderne*, Recueil des Cours à l'Académie de Droit international, 1927, III, t. 18, Paris, 1928, p. 429-437.

n'est pas obligatoire (l'Assemblée peut « inviter » les membres à procéder... et non pas « ordonner ») et qu'elle peut ne pas réussir : si l'examen entrepris constate que le traité en question n'est plus applicable, il faut que l'Assemblée se prononce à l'unanimité (art. 5 du Pacte) sur cette question. Or, c'est presque toujours irréalisable. Et de plus, si l'on se prononce à l'unanimité, la révision du traité est laissée aux parties elles-mêmes, l'Assemblée n'en possède pas la faculté. Pourtant, en ce qui concerne le principe, cela n'a pas d'importance. Il y a une vérité : la conscience internationale a reconnu la légitimité de la théorie de l'imprévision. S'il y a des abus, cela ne prouve pas qu'il ne faille pas en user. *Abusus non tollit usum*. Si l'on procède au nom du Droit et conformément à lui, on réussira toujours. Et ce droit est défini.

Quant au champ de son application, il faut dire que la théorie de l'imprévision est applicable à tous les traités internationaux, quelle que soit leur durée : *in aeternum* ou déterminée (1), quel que soit leur caractère : traité-loi ou contrat-traité (2) et quel que soit leur objet : politique ou économique.

Section D

CADRE DE L'ÉTUDE

Le chapitre terminé, nous avons parcouru toutes les branches du droit où on peut parler de la théorie de l'imprévision : le Droit civil, le Droit ouvrier, le Droit admi-

1) Les traités à durée indéterminée succombent fatalement à la théorie de l'imprévision, alors que les autres ne succombent pas forcément : cela dépend de leur durée. Cependant, il y a des auteurs qui n'admettent l'intervention de la théorie de l'imprévision que dans les traités à durée déterminée. — Voir : SCELLE, *La clause « rebus sic stantibus »*, Concours pour l'agrégation, précité, p. 4.

2) La distinction des traités-lois et des traités-contrats n'a pour nous aucune importance. Au point de vue formel, ils sont tous de caractère législatif. — M. SCELLE n'admet la théorie de l'imprévision que dans les traités-lois, en l'excluant des traités-contrats. — Voir : *Théorie juridique...*, précité, p. 41-42 ; — *La clause « rebus sic stantibus »*, Concours pour l'agrégation, p. 9-22. — *Contra* : SÉGUR, *op. cit.*, p. 9-10 ; — BRUNET (René), Concours pour l'agrégation, p. 9-10.

nistratif et le Droit international, public et privé. Mais, excepté cette énumération, notre tâche sera beaucoup plus modeste : nous ne nous occuperons, dans la suite de nos développements, que de la théorie de l'imprévision en matière de contrats de Droit civil ; nous n'aurons pas l'occasion non plus d'approfondir le rôle de cette théorie en d'autres domaines du Droit civil même : dans les délits et les quasi-délits et dans les obligations provenant directement du droit (de la loi ou de la coutume).

Pour quelles raisons pensons-nous limiter de la sorte le cadre de notre étude ? Ce n'est pas à cause de la vaste étendue d'une étude qui engloberait toutes ces matières, étude qui dépasserait, peut-être, les dimensions d'une thèse, mais parce que nous voulons examiner la possibilité d'une théorie de l'imprévision spécialement sur ce plan social où il ne s'agit pas directement d'un intérêt public quelconque imposant l'adoption de notre théorie. — Nous avons pu constater précisément qu'elle est admise partout où un tel intérêt est en jeu : en Droit ouvrier, parce qu'il s'agit de la paix sociale et de l'ordre public qui seraient sérieusement menacés si la théorie de l'imprévision n'y était pas favorablement traitée, tout au moins en ce qui concerne les conventions collectives de travail ; en Droit administratif, parce que là son application protège le bon fonctionnement du service public, dont l'Administration est chargée d'assurer l'existence ; en Droit international public, parce que son refus mettrait en péril la paix du Monde. Donc, l'intérêt général immédiat est partout son fondement et sa raison d'être.

En Droit civil, la question ne se pose pas avec une telle acuité. L'ordre social, l'intérêt public et la paix sociale ou mondiale n'y sont pas si étroitement et si directement liés à l'admission ou au refus de l'intervention de la théorie de l'imprévision dans les situations juridiques modifiées par des faits imprévisibles. Là, il n'y a pour l'instant, que des intérêts individuels en conflit, la communauté peut s'en passer, bien qu'il y aurait de gros inconvénients à ne pas observer, le cas échéant, notre théorie.

Toutefois, nous nous sommes demandé si les répercussions regrettables vis-à-vis des particuliers en cette matière

ne se feraient pas sentir plus tard, indirectement, spontanément, et presque invisiblement, sur le corps social, ou, si elles n'auraient peut-être aucun effet digne d'attention. Nous nous sommes également posé la question de savoir si le sort individuel n'est pas lié au sort collectif ; si les pertes individuelles ne provoquent pas des pertes dans la collectivité ou si celle-ci possède une vie tout à fait indépendante et à elle, exigeant des sacrifices énormes de la part des individus qui la forment. Plus précisément encore, nous nous sommes posé la question suivante : si, en supposant que l'intérêt de la communauté doive l'emporter sur l'intérêt personnel des individus, pris isolément, il n'y a là quelques limites et si, à un moment donné, cet intérêt individuel ne se confond pas avec l'intérêt général, en imposant le devoir de conserver le premier pour sauvegarder le second. La réponse à toutes ces questions nous a décidé à concentrer toute notre attention sur la matière du Droit civil, afin d'examiner si le même intérêt général qui sert de justification à l'intervention de notre théorie dans les matières ci-dessus, ne pourrait pas figurer, du moins indirectement, au même titre en cette matière.

En nous limitant exclusivement au domaine du Droit civil, pourquoi avons-nous alors abordé les autres ? N'était-ce pas superflu, inutile ? Non, parce que tout d'abord l'aspect sous lequel nous envisagerons le problème le rapproche beaucoup de celui où l'intérêt général immédiat est en jeu, et ensuite, parce que la théorie de l'imprévision en Droit civil, n'y étant pas encore admise à titre de règle générale, pourrait être corroborée par les mêmes arguments qui y sont employés, en tenant compte, bien entendu, des différences qui existent entre le Droit civil et ces branches-là et en ne les identifiant pas sans réserve.

Alors, tout en restant dans les limites du Droit civil et sous le régime du Code Napoléon et des autres lois accessoires, on pourrait nous demander pourquoi nous ne voulons pas élucider, avec les contrats, les autres matières de cette branche du droit à l'égard de la théorie de l'imprévision : les délits, les quasi-délits et les obligations issues directement du droit. La réponse est que la théorie de l'imprévision n'y apparaît que très rarement et que les principes des délits et des quasi-délits, comme ceux des obligations pro-

venant de la règle juridique, sont tellement différents des principes du contrat, qui sera le sujet unique de nos préoccupations, que cette entreprise alourdirait inutilement notre travail. De toute façon, si nous arrivons à un résultat favorable à l'intervention de la théorie de l'imprévision dans la matière contractuelle, il n'y aura pas alors d'obstacles à son admission dans les autres domaines du Droit civil. Cependant, ce problème exigerait une étude spéciale qui l'envisagerait sous un angle particulier correspondant à la matière.

CHAPITRE II

CONSTRUCTION DE LA THÉORIE DE L'IMPRÉVISION

TITRE PREMIER

Définition et éléments constitutifs de la théorie de l'imprévision

En matière de contrats de Droit civil, le principe fondamental, où ces contrats puisent les conditions de leur existence et de leur vitalité, est celui de la force obligatoire des conventions ou du respect de la parole donnée, consacré formellement et d'une manière absolue par l'article 1134 du Code civil. Etant donné la nature des contrats successifs et à terme et le caractère fort changeant et variable de la vie économique qui leur sert de base lors de leur formation, ce principe, que nous avons connu en Droit international public sous le nom de « *pacta sunt servanda* », est d'une valeur énorme.

La vie économique est extrêmement sensible à toutes sortes d'événements qui se produisent à chaque instant dans la société, qu'elle soit nationale ou universelle, en les accompagnant pas à pas et en fléchissant suivant leurs courants avec la précision d'une membrane phonographique. Une guerre locale, une révolution dans un pays lointain, une découverte scientifique dans un laboratoire ou une découverte géographique ou géologique, un tremblement de terre, une inondation, une sécheresse ou une période pluviale..., tout cela a une influence remarquable sur l'équilibre momentanément établi entre l'offre et la demande et par là sur la valeur des objets intéressant le commerce. En peu de mots, la vie économique représente un dynamisme phénoménal.

Les contrats, en leur qualité d'instrument d'échange des biens, suivent, sans doute, ces fluctuations journalières sur le marché. Ils sont leur véritable reflet.

Cependant, tous les contrats ne sont pas dans la même situation. Ceux dont l'exécution a un caractère instantané, s'y conforment avec une exactitude presque parfaite. Ils renferment la réalité économique telle qu'elle est. Tout changement, quelle que soit son envergure, quelle que soit la nature de l'événement qui l'a provoqué, y est parfaitement exprimé. La raison en est qu'ils se basent uniquement et toujours sur l'état actuel des choses, état visible, réel et tangible. Pour ces contrats, le principe de la force obligatoire des conventions n'a pas beaucoup d'importance pratique, puisqu'ils sont exécutés aussitôt conclus et leur force obligatoire s'éteignant au moment même de leur naissance. — Quant aux contrats dont l'exécution est périodique ou différée, la situation se présente tout autrement. Il n'y a là que la formation du contrat qui a lieu dans le présent. Son exécution aura lieu dans l'avenir. Dès lors, c'est en vue du moment où le contrat s'exécutera que l'on détermine les conditions du contrat, car cela importe seul. Le moment de la conclusion ne joue qu'un rôle secondaire et instrumental. Il sert de point de départ. Mais le moment de son exécution, qui est essentiel, n'est pas réel, il doit se réaliser, il est donc du monde des idées et non pas de celui des faits. Quand on contracte, on ne le voit ni on ne le touche. On se le représente, on se l'imagine. La situation économique que le contrat doit traduire, à l'échéance, aura-t-elle tel ou tel autre aspect ? C'est au moyen d'une faculté intellectuelle qui s'appelle *prévision* qu'on essaiera de le deviner. Par conséquent, tandis que la base des contrats à exécution instantanée est la situation économique du présent, celle des contrats successifs et à terme est la prévision d'une situation économique future. Cette dernière est donc d'ordre intellectuel. C'est pour cela qu'on a dit au sujet de ces contrats, avec raison d'ailleurs, que « contracter c'est prévoir » (1).

En contractant, chaque partie fait ses calculs qui lui permettent de se représenter l'état économique futur. On a

1) Voir : RIPERT (Georges), *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, 1935, p. 160, n° 84.

dans le passé l'histoire, dans le présent la situation sur le marché, les tendances économiques, politiques et sociales dans le pays et dans le Monde, dans l'avenir un certain espoir qui résulte des deux données précédentes et qui est en fonction de la durée et de la nature du contrat, ainsi que des expériences personnelles et de l'habileté des parties contractantes. A titre général, on peut dire que dans les contrats purement commutatifs et à court terme, lorsque le contrat est conclu dans une période relativement calme et tranquille, avec un passé de même caractère et sans aucun signe indiquant une modification probable de l'état actuel, les parties, n'ayant pas à s'inquiéter de l'avenir, contractent sur la base de la situation présente : aucune clause spéciale envisageant le cas d'un changement brusque et surprenant ne figure dans leur contrat. En présence des mêmes contrats, mais lorsque le moment de leur conclusion tombe dans une période moins tranquille ou lorsque les renseignements du passé ou les indices se dessinant à l'horizon de l'heure actuelle laissent croire que certains changements importants vont survenir, les parties se munissent habituellement des clauses formelles les préservant des charges exorbitantes qui pourraient les accabler, et cela surtout lorsque la durée du contrat est relativement longue. Lorsqu'il s'agit de contrats spéculatifs et aléatoires, il y a là un jeu de hasard qui importe le plus : les périodes les plus mouvementées et susceptibles d'apporter les surprises les plus intenses dans les fluctuations futures sont recherchées exprès comme stimulant des contrats de cette nature. Dans ce cas, il importe que l'on ne sache pas et que l'on ne soit pas certain du sens dans lequel vont se dérouler les changements à venir. Alors, les parties tentent leur chance : l'une espère que les prix vont augmenter, l'autre qu'ils vont baisser. L'espoir de l'une, qui est un motif décisif pour la formation du contrat, n'est pas un secret pour l'autre partie. Elle le connaît bien, mais elle pense que son partenaire se trompe dans ses calculs, et qu'il en sera finalement déçu. Le moment venu démontre qui des deux a eu raison ou plutôt de la chance et qui a eu tort ou plutôt de la malchance. Tant mieux pour le premier, tant pis pour le second, car, si le résultat n'a pas été voulu par les deux, le jeu qui l'a fait naître l'était : il était le but du contrat. L'on ne savait pas au profit de qui et au détriment de qui

ce serait. Mais cette incertitude animait justement le contrat.

Toutes ces prévisions, explicites ou tacites, quoique ni trop vagues ni utopiques, ne peuvent pas être faites avec une précision mathématique. Elles sont plus ou moins approximatives. Les parties sont incapables de prévoir le véritable cours des événements et leur influence réelle sur la situation du marché. Elles n'ont en vue qu'une probabilité et jamais une certitude. Entre la situation économique qui sera réalisée au jour de l'échéance et le calcul qu'on en fait lors du contrat, il y a toujours une marge qui reste : c'est l'incertitude qui crée un risque à courir pour l'une comme pour l'autre des parties en rapport et qu'elles acceptent volontairement par le seul fait d'avoir conclu un contrat dont l'exécution dépend de l'avenir. Cette marge donne à tous les contrats de cette catégorie un caractère quasi-aléatoire, c'est-à-dire qu'il y a là toujours un gain à espérer et une perte à craindre, qui dépendent de la tournure des événements dans un sens ou dans l'autre. C'est l'existence de ce risque qui caractérise les contrats successifs et à terme et les différencie des contrats à exécution instantanée. C'est à cause de ce risque que les premiers ne traduisent pas la situation sur le marché aussi exactement que les seconds. C'est ce risque qui explique le rôle du principe de la force obligatoire des conventions, posé à l'art. 1134 du Code civil, rôle qui consiste à faire respecter la lettre du contrat, en dépit de toute déception qu'éprouve, au moment de son exécution, l'un ou l'autre des contractants voyant ses charges augmentées au-delà de la limite tracée par ses calculs. Ce principe dérive de la nature même de ces contrats, car si on les revisait ou résiliait toutes les fois que l'un ou l'autre contractant s'en montre mécontent, on risquerait d'enlever la raison d'être de leur existence et d'en provoquer une méfiance générale et l'abandon de cette forme de contracter, forme qui est, sans doute, nécessaire. Il donne donc une sorte de certitude et assure le libre épanouissement des affaires. D'autre part, il donne un certain stimulant à l'initiative et à l'activité, en offrant aux particuliers une possibilité de tenter leur chance de gagner... De toute façon, le principe de l'art. 1134 place les contrats au-dessus des fluctuations économiques et ex-

prime un état statique, immobile, freinant, en face du dynamisme de la vie économique. Si, toutefois, il ouvre la porte à quelques injustices, cela est largement compensé par son utilité. Du reste, ces injustices ne sont souvent qu'un trompe-l'œil. Elles sont dues à l'imprévoyance, à l'inhabileté, à l'inexpérience ou à la malchance qui est inhérente à la vie même et qui sera certainement compensée par les chances que l'on retrouvera ailleurs et plus tard.

Cependant, si l'imprévoyance, l'inexpérience et l'inhabileté doivent être punies dans l'intérêt même des affaires et si la malchance doit être tolérée pour contre-balancer la chance, il est des situations où tout est renversé. La marge entre le prévisible et le réalisé est rendue tellement large par un jeu exceptionnel des événements que le risque qui s'ensuit ou plutôt les charges que celui-ci fait supporter par les parties ne sont plus ni résultat d'une tromperie ni mauvais tour de la malchance. C'est pire et plus grave encore. Il ne s'agit plus de perdre pour être puni d'avoir été imprudent ou pour ne pas avoir eu de chance. Il s'agit de perdre, souvent d'être ruiné, pour toute une autre raison : de ne pas avoir prévu et envisagé ce qui n'était pas possible à prévoir et à envisager.

Nous avons dit qu'en contractant les parties font des prévisions et des calculs sur ce qui peut arriver à la suite de leur contrat et sur ce qui peut être au moment de son exécution comme situation sur le marché, et qu'elles laissent obligatoirement une marge d'incertitude entre le prévu et le réalisé. Mais, cette marge, elle aussi, si son caractère doit nécessairement être imprévu, doit être normale pour que les parties puissent supporter le sort qu'elle leur réserve. En d'autres termes, le risque de perdre ou de gagner, mais surtout celui de perdre, ne doit être que celui qui arrive normalement dans de telles circonstances. Au moment où ce risque revêt un caractère anormal et extraordinaire, raisonnablement imprévisible, les parties devraient en être déchargées et le contrat adapté aux circonstances qui ont créé ce risque, en bouleversant l'économie du contrat et en altérant son équilibre, après l'avoir trop éloigné de la situation économique nouvelle dont dépend son exécution.

C'est là que le problème de l'intervention de la théorie de l'imprévision entre en considération. Son rôle n'est pas de déroger au principe du respect de la parole donnée ; il n'y touche point. Son but est de tracer les limites d'application de l'art. 1134, de préciser et de définir l'étendue de ses fonctions, après quoi il se réserve une place pour sa propre compétence. Et ce qui est intéressant, sa présence dans le cadre de la théorie générale des contrats est aussi importante que celle du principe de la force obligatoire des conventions ; il n'a d'autres justifications ni d'autres arguments en sa faveur : c'est toujours le même souci de la certitude et de la sécurité dans le commerce juridique. Si les parties contractantes sont tenues d'exécuter leur contrat à la lettre, malgré le changement extraordinaire de la situation économique envisagée à l'heure du contrat, changement causé par un événement exceptionnel qui (ou dont les effets) n'a jamais existé dans l'histoire et dont l'époque où le contrat est formé n'indiquait pas du tout la survenance, il est à craindre alors qu'elles ne veuillent plus passer de nouveaux contrats dont l'exécution tombe dans l'avenir, et que la confiance générale dans cette catégorie de contrats ne soit ébranlée. Et la possibilité de disparition de ce type de contrats menacerait également la société, car il est naturel que le créancier ne veuille pas voir sa créance, pour laquelle il donne une contre-valeur, dérisoire et disparue à la suite, ainsi que le débiteur s'engager beaucoup au-delà de ce qu'il a reçu, en voyant sa fortune ruinée et ses moyens de vivre péricliter.

La théorie de l'imprévision en matière de contrats de Droit civil est donc une institution juridique qui figure à côté du principe statique de la force obligatoire des conventions, laquelle, après avoir déterminé l'étendue et délimité le champ d'application de celui-ci, donne du dynamisme au contrat, en le rapprochant de la situation économique nouvelle, dont il était trop éloigné, institution dont voici la formule :

Lorsque dans un contrat à exécution périodique ou différée et dont le caractère est plus ou moins commutatif et surtout à titre onéreux, survient postérieurement à sa conclusion un événement exceptionnel ayant pour effet d'altérer si profondément et si radicalement l'économie et

l'équilibre du contrat primitivement esquissés par les prévisions expresses ou tacites des parties en rapport, que l'exécution littérale du contrat entraînerait une perte considérable (et souvent la ruine) pour le débiteur ou pour le créancier, — le juge, à défaut de loi, peut accommoder le contrat aux nouvelles circonstances, à condition, toutefois, que la survenance de cet événement ou de ses conséquences ne soit pas imputable au contractant qui s'en plaint, que celui-ci n'ait pas été chargé, par une clause explicite, de tous les cas fortuits prévus ou imprévus (art. 1773, al. 2, du Code civil) et que l'on tienne compte du risque normal à courir qu'impose la nature même du contrat.

La définition donnée, on peut en dégager les éléments constitutifs de la théorie de l'imprévision, que voici :

1° Un contrat à exécution périodique ou différée, ayant pour caractère d'être :

a) en principe un contrat commutatif ; parfois, spéculatif ou même, dans certaines conditions, avec des traits purement aléatoires ;

b) à titre onéreux.

2° Un événement exceptionnel ou ayant des effets extraordinaires, qui est :

a) ultérieur à la conclusion et concomitant à l'exécution du contrat ;

b) imprévisible ;

c) non imputable au contractant qui en est la victime et qui

d) rend l'exécution littérale du contrat excessivement difficile et onéreuse soit pour le débiteur soit pour le créancier, au-delà de la limite normale du risque de perdre attaché à la nature du contrat dont l'exécution dépend de l'avenir.

3° L'inexistence d'une clause spéciale par laquelle l'une ou l'autre ou toutes les deux parties en rapport ont pris la charge d'accomplir leurs prestations coûte que coûte, en dépit de tout événement, quelles que soient ses conséquences sur l'économie du contrat.

Dans la suite de nos développements, nous allons nous occuper de chacun de ces éléments, excepté ceux qui sont indiqués sous les numéros 1^o a) et b) et 3^o, qui sont déjà examinés dans le Chapitre premier.

Section A

ÉVÉNEMENT EXCEPTIONNEL OU AYANT DES EFFETS EXTRAORDINAIRES

Les oscillations qui se produisent continuellement sur le plan économique et s'expriment par l'équilibre instantané entre l'offre et la demande, sont agitées par des événements de différentes sortes qui ne cessent de se faire jour. L'amplitude de ces oscillations est tantôt grande, tantôt petite ; cela dépend de la force de l'énergie cinétique de l'événement qui lance le pendule. Parfois, cette amplitude peut être tellement grande, qu'elle dépasse la moyenne ordinaire, sa marche normale, surprenant l'observateur et marquant ainsi un phénomène nouveau, imprévu et extraordinaire : un cas d'imprévision. Quels événements, alors, de quelles provenances et de quels caractères, peuvent-ils le constituer ? — Il est impossible de donner une réponse directe à cette question, car les événements pris en soi peuvent être de toutes sortes, même à première vue tout à fait ordinaires ; ce qui leur donne le caractère constitutif d'imprévision ce sont tous les autres éléments réunis ensemble autour d'eux. Leur énumération pourrait aller à l'infini. C'est pourquoi nous ne voulons pas la faire en détail. Nous nous contenterons seulement d'en citer quelques-uns *exempli causa* et sans la prétention de construire une classification originale.

Ainsi, quant à leurs origines, ils peuvent provenir du *fait de la nature* : tempête, foudre, sécheresse exceptionnelle, neige en abondance, incendie, épidémie, décès, orage, tremblement de terre ; ou bien, de la *force humaine* : guerre, grève, mobilisation, révolution, réquisition, lois, règlements, crimes (vol, assassinat, incendie, inondation, attentat). Parmi les événements ayant une origine naturelle on peut les classer comme suit : ceux qui proviennent du ciel : foudre, neige, grêle, pluie ; de la

terre : éruption volcanique, tremblement de terre ; des eaux : crue de fleuves, inondation ; d'agents divers : bacilles, microbes, sauterelles. Les événements provenant de la force humaine peuvent être distingués en : ceux qui résultent des actes d'un pouvoir organisé, connus sous le nom de *faits du Prince* : lois, règlements, réquisitions, ou des actions d'un groupe d'hommes, reconnu légal : une grève légitime déclenchée par un syndicat professionnel, ou un lock-out ; et ceux qui sont l'œuvre d'un groupe illégal : révolution, attentat, terreur, ou d'un seul homme : un crime quelconque (un attentat, par exemple). Ils peuvent provenir de l'acte d'un groupe organisé et légal et être également illégitimes, selon les règles supérieures à ce groupe, comme, par exemple, la guerre, qui est contraire aux principes du Droit international public. — Cette classification faite presque au hasard ne nous dit pas grand'chose. Le seul avantage qu'elle ait, c'est de nous indiquer la diversité d'origines de différents événements. Elle est, en outre, très loin d'être précise, ou même exacte. Par exemple : l'inondation ; elle résulte en même temps du ciel, comme la pluie, de la terre et des eaux, comme la crue de fleuves ; l'incendie, engendré par l'électricité, provient de la nature et des forces humaines à la fois, etc. — Quant à leurs caractères, on pourrait dire, par exemple, que l'événement imprévu peut apparaître sous la forme d'un acte : *intellectuel*, comme : une invention scientifique (la découverte de l'électricité, du chemin de fer, de la T.S.F., d'une mine d'or ou d'un nouveau pays riche en marchandises précieuses) ; *juridique* : une loi augmentant les taxes de douane ou établissant de nouveaux impôts ; *politique* : le succès électoral d'un parti de gauche et la chute subséquente des valeurs des papiers émis par l'Etat ou de la valeur de la monnaie nationale ; *social* : une grève tendant à l'augmentation des salaires, une révolution ; *économique et financier* : une réforme monétaire, etc., etc... — On pourrait aussi faire ce classement d'une autre manière, plus générale ou plus particulière. Mais cela importe peu (1). Ce qui compte, c'est que l'événement dont il

1) Dans ce sens : MARRE (Léon), *Essai sur les notions de cas fortuit et de cas de force majeure. Etude critique de quelques opinions nouvelles*, thèse, Paris, 1910, p. 33 ; — RADOUANT (Jean), *Du cas fortuit et de la force majeure*, thèse, Paris, 1920, p. 14.

s'agit doit être exceptionnel ou, s'il ne l'est pas, que ses conséquences sur le patrimoine des parties le soient. — Cependant, notre classification, présentée sous une forme *in abstracto*, ne démontre pas cette physionomie nécessaire des événements abordés. Et, c'est, du reste, parfaitement normal. Si l'on parle du tremblement de terre ou de l'orage, de la guerre ou de la révolution, sans indiquer la région du Globe, le pays ou l'époque, il n'y a là rien d'étonnant, car à chaque instant cela arrive dans l'un ou dans l'autre coin du Monde et nous l'apprenons aussitôt. Même si on parle de la chute d'un bolide, ce qui est extrêmement rare, cela peut ne pas paraître extraordinaire : plusieurs cas en sont connus dans l'histoire. Le caractère exceptionnel d'un événement ne peut être révélé qu'en en parlant *in concreto*, vu un pays déterminé, une époque, une ambiance, un certain milieu social. De la sorte, un événement tout à fait ordinaire pourrait, si l'on procède ainsi, être qualifié d'exceptionnel, et inversement.

Pourtant, il y a des exemples où la jurisprudence civile, surtout l'ancienne, étant impressionnée par certains événements, les estimait *a priori* constitutifs d'imprévision. Parmi d'autres, il est suffisant de noter : la guerre, l'occupation, l'invasion (1), l'interruption des communications (2), l'insurrection (3), vol à main armée (4), le fait du Prince (5), l'orage, la tempête, un fort coup de vent (6). Les événements cités constituent en l'espèce véritablement

1) Req., 24 novembre 1814, Journal des Audiences, 1816, p. 208 ; — Grenoble, 3 avril 1816, J. des Aud., 1818, p. 429.

2) Civ., 24 janvier 1815, J. des Aud., 1816, p. 229, et 14 février 1815, J. des Aud., 1816, p. 275.

3) Les journées de juillet 1830 : Trib. com. Seine, 26 septembre 1830, conf. Paris, 9 juin 1831, S. 1831.2.240.

4) Civ., 21 juillet 1873, D. 1875.1.39 ; — Ch. civ., 17 février 1874, D. 1874.1.302.

5) Trib. civ. Mayenne, 24 juin 1840, D. 1841.2.49 ; — Trib. civ. St-Denis, 23 janvier 1839, adopté Cour de l'Île Bourbon, 26 juin 1839, D. 1842.1.222 ; Civ., 3 mars 1847, D. 1848.1.78 ; — Bordeaux, 26 août 1852, D. 1853.2.105 ; — Trib. com. Seine, 23 février 1867, D. 1869.1.126.

6) Trib. com. Seine, 20 janvier 1913, Rec. Gaz. Trib. 1914.2.114.

des cas d'imprévision (1). Mais, à part cela, ce qui est dangereux, c'est la généralisation que ces arrêts en ont faite. La jurisprudence, elle-même, l'a constaté plus tard. Ainsi, la guerre (2), le fait du Prince (3), ou n'importe quel autre fait, ne constituent pas par eux-mêmes des cas imprévisibles, et ce n'est qu'après un examen fait en considération de toutes les circonstances qui se sont produites que l'on peut établir pour l'un ou pour l'autre événement son caractère exceptionnel et imprévu (4). — Comme la jurisprudence critiquée n'est pas au point et risque d'être arbitraire, la jurisprudence qui nie, *a priori*, à certains événements la physionomie des cas imprévisibles, l'est aussi. Il y avait, notamment, des arrêts qui disaient que le fait du Prince n'est pas constitutif d'imprévision, puisqu'il est dans le domaine constitutionnel du pouvoir législatif et qu'il répond à des nécessités prévues (5).

Alors, si l'on est tenu de parler du caractère aprioristique de certains événements, on ne peut que dire ceci : il en est qui portent plus ou moins au préjugé, dans un sens ou dans l'autre, c'est-à-dire, il y en a qui sont, selon une observation de l'*id quod plerumque fit*, en principe imprévisibles, représentant donc une fatalité : la guerre, la révolution, le tremblement de terre, l'éruption volcanique..., et les autres qui ne le sont pas : le fait du Prince, la grève, — comme des événements qui sont douteux. Mais, bien qu'il existe chez le juge qui statue une conviction *pro* ou *contra*, il doit procéder à un examen de vérification. Son préjugé lui facilitera tout simplement son travail en lui traçant la direction dans laquelle il adressera ses recherches. Sa conviction préalable peut largement être infirmée par suite de l'examen postérieur, ainsi que se montrer

1) En raison du défaut de jurisprudence se rapportant à la théorie de l'imprévision, nous nous sommes servi de la jurisprudence se rapportant aux cas fortuit et de force majeure. Mais cela est sans importance, les mêmes événements pouvant constituer les cas d'imprévision et les cas de force majeure.

2) Cour de Bordeaux, 24 juin 1826, S. 1826.2.306.

3) Cour de Douai, 10 mai 1886, D. 1889.2.3 ; — Bordeaux, 16 août 1852, D. 1853.2.105 ; — Cour de Rouen, 18 novembre 1852, D. 1853.2.126 ; — Trib. com. Seine, 11 mai 1915, D. 1917.2.47.

4) Req., 24 avril 1872, S. 1873.1.82.

5) Cour d'Orléans, 24 mai 1854, D. 1854.2.132 ; — Civ., 9 janvier 1856, D. 1856.1.33.

exacte et se confirmer. La possibilité d'existence d'un tel préjugé dépend exclusivement des circonstances où l'événement se fait jour et selon que, dans une majorité de cas analogues où il est survenu, on s'est décidé pour l'affirmative ou la négative (1). Nous le démontrerons plus précisément tout à l'heure, quand nous parlerons de la notion d'imprévision.

Il importe enfin de faire remarquer que chacun des événements jugé imprévisible doit avoir une influence sensible sur le marché et la balance entre l'offre et la demande, pour pouvoir former un cas d'imprévision (la diminution d'agrément dans la jouissance d'un logement, l'entrave de fabrication due à la guerre, la rareté de la main-d'œuvre, la hausse des prix ou la rareté d'un produit, etc.). Autrement dit, il faut qu'il révèle une certaine généralité de ses effets en accablant plusieurs personnes qui ne sont liées les unes aux autres par aucun rapport juridique concernant cet événement. De par là, la différence entre la théorie de l'imprévision et la force majeure. Tandis qu'en cas de force majeure, il suffit que l'événement imprévisible rende l'exécution de l'obligation impossible seulement à l'égard du débiteur lui-même (par exemple, la mort de celui-ci, si son obligation est *intuita personae*), sans que cela ait une influence quelconque sur le marché, en cas d'imprévision, il faut que cet effet existe. Parmi les événements que nous avons sommairement énumérés ci-dessus, ils ont presque tous ce caractère. Un seulement de prime abord ne paraît pas l'avoir. C'est le cas d'un crime quelconque, qui peut cependant l'avoir. Par exemple, à l'occasion de la visite officielle d'un souverain étranger en France, on a loué des emplacements sur le parcours du cortège. Mais, avant son arrivée à la Capitale, il est assassiné au cours de son voyage. Or, les effets de l'événement sont d'un caractère général, parce qu'ils affectent plusieurs personnes sans lien juridique entre elles. Les locataires doivent être dispensés de leurs loyers ou remboursés : le but de leurs contrats n'ayant pu être atteint.

1) Comp. : MARRE, thèse précitée, p. 63 ; — RADOUANT, thèse précitée, p. 8-9.

Section B

POSTÉRIORITÉ QUANT A LA CONCLUSION ET ACTUALITÉ QUANT A L'EXÉCUTION DU CONTRAT

Pour qu'un événement semblable puisse former un cas d'imprévision, il faut qu'il survienne après la conclusion du contrat et avant l'époque de son extinction ou même à cette époque-là, et qu'il dure, avec ses effets, jusqu'au dernier moment où l'exécution n'est pas encore devenue irréalisable. Si l'événement exceptionnel existe au moment où l'on contracte, il ne s'agit dans aucun cas de l'imprévision, ni dans le cas où les parties en sont conscientes ni dans le cas où elles ne le sont pas. Si elles le connaissent, le contrat est fait en considération de la situation que cet événement a créée. Si, au contraire, elles l'ignorent, le contrat peut se trouver vicié par le manque de consentement, s'il est en connexité plus ou moins étroite avec les effets de l'événement ignoré (erreur, lésion). Si, d'autre part, l'événement n'ayant pas encore apparu au cours de la durée du contrat, certains symptômes laissent craindre ou espérer son éventuelle survenance, cela ne suffit pas pour constituer un cas d'imprévision, parce qu'en ce cas-là, cet événement, n'étant pas encore réel, n'a aucun effet sur la situation contractuelle. En ce qui concerne un cas de force majeure, à cet égard, il en est autrement. Il y a des exemples où la jurisprudence admet la présence de celui-ci, même s'il s'agit simplement de la crainte qu'un événement donné se produise. Mais pour constituer un cas de force majeure, il faut que cette crainte ait pour base un danger grave, réel et imminent, et non pas seulement éventuel. Par exemple, la crainte d'une épidémie de fièvre typhoïde qui sévit dans la ville où un artiste s'est engagé à aller donner des représentations ; la crainte du bombardement qui oblige un locataire à abandonner son appartement, etc..., sont constitutives de force majeure. Ce sentiment doit, en outre, être général et non pas personnel (1). — La raison pour laquelle cette conjoncture ne compte pas dans la théorie de l'imprévision, c'est que celle-

1) Voir : Nancy, 18 juin 1917, Gaz. Pal., 6 août 1917, et Cass., 3 juillet 1918, Gaz. Trib., 18 août 1918.

ci n'est pas intéressée à des cas où l'exécution du contrat est absolument impossible. La crainte dans les exemples cités est un signe sûr et certain de la réalisation de l'événement ; les décisions jurisprudentielles représentent simplement une mesure préventive contre celle-ci, ayant le même effet sur le contrat que si l'on se trouvait en présence de l'événement (résiliation du contrat sans dommages-intérêts), mais échappant aux répercussions sur les patrimoines ou, plus généralement, sur les situations personnelles des contractants que cet événement aurait produites (l'artiste au lieu de s'exposer à la maladie ou à la mort, a conservé sa bonne santé et sa vie). Or, par une solution anticipée, on évite les pires conséquences d'un mal inévitable. — Quant à la théorie de l'imprévision, c'est la difficulté économique de l'exécution qui la fait intervenir. Une difficulté ne peut se présenter d'avance à l'esprit avec tous les détails et finesses des solutions qu'elle réclame. Même quand la situation imprévisible est réalisée, il y a beaucoup de subtilités dans l'appréciation qui incombe au juge.

Ces observations ne veulent pas dire que les facteurs psychologiques soient exclus de la participation à la formation de la théorie de l'imprévision. Il se peut très bien qu'à cause d'une crainte de guerre imminente surgisse une crise économique dans la vie du pays. Mais, ce qui est différent de la force majeure, la cause immédiate de la théorie de l'imprévision, dans ce cas, n'est pas la crainte, mais la crise, donc l'événement imprévisible réalisé et non pas à venir.

Par suite, si l'événement imprévisible a déjà eu lieu après la conclusion du contrat, mais si ses effets ont disparu avant son exécution (de telle sorte qu'ils ont perdu leur caractère exceptionnel), le cas d'imprévision n'est pas en jeu.

En résumé, l'événement susceptible de constituer un cas d'imprévision peut avoir lieu à n'importe quel moment, dans l'intervalle entre la passation du contrat et son exécution, à condition que ses effets extraordinaires restent identiques à l'instant où le contrat s'exécute.

Section C

IMPRÉVISION ET IMPRÉVISIBILITÉ

L'événement constitutif de théorie de l'imprévision doit être imprévu et imprévisible de la part des contractants à l'heure de la formation de leur convention.

En effet, cet élément pourrait être assimilé à celui de l'imputabilité de l'événement survenu à l'une ou à l'autre des parties. Dès lors, on pourrait parler de tous les deux à la fois, sans les séparer, en les confondant. Néanmoins, une petite nuance les différencie, et nous les traiterons séparément (1).

Tout d'abord, avant de passer à la question de critère, il faut préciser la signification des termes : imprévu, imprévisible, imprévoyable... Que cela veut-il dire ? Lorsqu'on parle du problème qui nous occupe, on dit à l'ordinaire : la théorie de l'imprévision, la situation ou le cas imprévu. Est-ce juste ? *Imprévision* signifie le manque de prévision, et *imprévu*, ce qu'on n'a pas prévu et qui arrive lorsqu'on y pense le moins (2). Ces deux mots désignent donc tout ce que l'on a omis de prévoir, les événements imprévisibles ainsi que ceux qui ne le sont pas. Par conséquent, l'expression, prise dans son sens propre, est imprécise, douteuse, même inexacte ; si on l'adopte, on peut penser que la théorie de l'imprévision est invitée à venir au secours des contractants toutes les fois qu'un événement survient, que ce soit un événement impossible à prévoir ou un événement tout prévisible et normal, mais que l'un ou l'autre des partenaires, imprudent ou irréfléchi, n'a pas envisagé. En effet, notre théorie ne s'étend pas du tout à ces deux moments. Elle est strictement restreinte au premier, négligeant complètement le second. Pour être bien clair, ne serait-il pas nécessaire d'employer les mots qui correspondent mieux à l'idée : *imprévisibilité*, *imprévisible* ou *imprévoyable*, et de dire : la théorie de l'imprévisibilité, la situation et le cas imprévisibles ou impré-

1) Voir sur cette distinction, *infra*, p. 132, note 1^{re}.

2) Voir : E. LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, Paris, 1874, t. III, p. 39.

voyables, car cela fait penser justement à ce qui ne peut être prévu ? (1). Oui, mais ces expressions ont aussi leur défaut. Si on les prenait dans leur sens littéral, on n'arriverait jamais à avoir un cas d'imprévision. Il n'y a rien au monde que l'on ne puisse prévoir : *in abstracto* tout est présentable à l'esprit humain, même les événements les plus rares (2). On pourrait largement songer même à la fin du Monde, qui n'est pas tout à fait unimaginable. Inspirée de cette vérité, la jurisprudence civile apporta une décision qui déclare que la guerre de 1914-18, avec ses conséquences économiques sans précédent, n'était pas, en 1899, hors des prévisions humaines (3). Comme il s'ensuit, la notion d'imprévisibilité s'oppose ouvertement à l'existence de la théorie de l'imprévision, qui est pourtant une réalité dans la vie juridique, en lui enlevant la base sur laquelle elle repose et en la rendant absurde.

Devant cette impuissance du langage à donner une expression adéquate à l'idée d'imprévision, que faire ? Se décider pour l'un ou pour l'autre des termes indiqués ? On a toujours le même inconvénient de ne pas avoir dit ce qu'on désire et ce qu'on pense. Le premier est trop large ; il implique des cas où il ne s'agit pas d'imprévision. Le second est si étroit qu'il exclut toute idée d'imprévision. Néanmoins, ne disposant pas d'autres termes, nous sommes obligés de choisir l'un d'eux. Prenant l'un ou l'autre, nous lui donnerons un sens spécial et descriptif ; nous marquerons la façon dont il faut l'entendre. Ainsi, si l'on veut retenir les termes imprévisible et imprévisibilité et ne pas contredire l'institution qu'ils désignent, il faut les entendre au sens vulgaire et courant qu'on leur donne et non pas à leur sens philosophique. Selon M. RADOUANT, imprévisibilité signifie impossibilité de prévoir la survenance certaine et probable d'un événement que l'on peut avoir dans l'idée à l'heure de l'engagement. Pour qu'un événement constitutif d'imprévision ne soit pas imprévisible, il faut qu'il existe non pas une possibilité vague « comme

1) Voir : E. LITTRÉ, *op. cit.*, *loc. cit.* — Comp. *Nouveau Petit Larousse illustré*, 1939, p. 518.

2) En ce sens : RADOUANT, thèse précitée, p. 90.

3) Limoge, 18 février 1921, confirmant Bellac, 6 mars 1920, Gaz. Pal. 17 mars 1921.

celle de toutes choses dans le Monde », mais qu'il y en ait une probabilité sérieuse et raisonnable (1). Comment peut-on savoir si cette réalisation est probable ou pas ? Cela dépend tout d'abord de la *fréquence* ou de la *rareté* de l'événement. Dans les charbonnages, par exemple, la fréquence des grèves fait un devoir de les prévoir (2) ; au contraire, ce devoir ne s'impose pas à propos d'une grève des employés des Postes et Télégraphes qui est tout à fait exceptionnelle (3). De même une inondation dans les mauvaises saisons est un événement normal et prévisible ; en cas de perturbation dans l'atmosphère, pendant l'été, elle ne l'est pas (4) ; une guerre ou une révolution en Europe ne sont pas des événements journaliers ; en Amérique Centrale, elles sont endémiques et normales (5). Une loi dont le Gouvernement a pris l'initiative à plusieurs reprises, n'est pas imprévisible ; cependant, elle doit l'être si au cours de la discussion à la Chambre surgit à l'improviste une disposition sur laquelle on ne comptait pas (6) ; etc. — La probabilité sérieuse de la réalisation d'un événement futur dépend aussi de la durée et de la nature du contrat en question. Si c'est un contrat à très longue durée, de quinze ans, vingt ans ou plus, il est naturel d'avoir dans l'idée, lors du contrat, la possibilité d'une guerre, d'une crise économique ou d'un fait de la nature (inondation, sécheresse, épidémie) (7). Si c'est un contrat à court terme, cette probabilité est moins grande, à moins que l'on n'ait contracté dans une époque déjà troublée ou présentant des signes évidents de perturbations prochaines. Si, d'autre part, le contrat est aléatoire (un marché à livrer, par exemple), où l'imprévisibilité et l'incertitude sont le motif prépondérant de la formation du contrat, les événements qui surviennent sont moins surprenants qu'en pré-

1) RADOUANT, thèse précitée, p. 165.

2) Trib. com. Hazebrouck, 18 janvier 1890, D. 1891.3.24.

3) Cour de Nancy, 10 juillet 1909, D. P. 1911.2.61.

4) Montpellier, 19 novembre 1908, S. 1910.2.244 ; — Ran, 15 décembre 1909, S. 1910.2.13.

5) Trib. com. Seine, 10 octobre 1894, Journal du Droit international privé, 1895, p. 108.

6) Cons. : BONNECASE, *Supplément*, t. III, p. 156.

7) Cour de Chambéry, 28 février 1916, Recueil Gazette des Tribunaux, 1916,2.85.

sence d'un contrat commutatif (un bail à loyer, par exemple). — Cette probabilité dépend enfin de la personnalité des contractants, de leur profession et de leur nationalité, comme de la période où l'on a contracté. Un astronome, un homme politique, un banquier, un commerçant, un industriel, un ingénieur, un homme des champs, un manoeuvre... n'ont pas tous les mêmes aptitudes de prévoir les différents événements qui se présentent. En ce qui concerne, par exemple, les perturbations économiques et les causes qui les provoquent, ce sont les industriels, les banquiers et les grands commerçants qui les connaissent le mieux. En ce qui concerne les changements apportés par le jeu des faits de la nature, ce sont les astronomes, les géographes, les physiciens, les médecins, qui sont les plus renseignés. Devant des événements politiques dont les conséquences pénètrent parfois toute la vie sociale, les hommes d'Etat et les hommes politiques sont le moins étonnés. La jurisprudence, elle-même, a bien tenu compte de cette relativité de la notion d'imprévisibilité qui résulte de la situation intellectuelle des parties en rapport. Elle disait notamment : « Attendu que Citroën, industriel avisé, ne pouvait ignorer que les hausses de toutes espèces pouvaient et même devaient, vraisemblablement se produire... » (1). — « Attendu qu'il convient de remarquer que le marché qui lie les parties a été conclu en mai 1919, c'est-à-dire à une époque où les difficultés de fabrication et de main-d'œuvre avaient dû nécessairement être envisagées par Renault, industriel avisé et constructeur d'automobiles depuis 1908 » (2). — En face de cette sévérité envers ces deux industriels, elle n'a pas hésité à retenir l'allégation d'imprévisibilité invoquée à la même époque par des contractants de plus modeste mentalité : « Attendu que L... fait état des difficultés de main-d'œuvre du moment, difficultés qui sont à retenir dans une certaine mesure » (3). — La nationalité des parties contractantes n'est pas, elle aussi, sans intérêt pour la précision de la notion d'imprévisibilité. Ainsi, avant la Grande

1) Trib. com. Seine, 16 décembre 1919, D. 1920.2.33 (1re espèce)

2) Trib. com. Romans, 19 mars 1920, conf. Grenoble, 12 octobre 1920, D. 1921.2.43.

3) Trib. com. Lyon, 1er avril 1920, D. 1921.2.71.

guerre, les Allemands et les Français n'étaient pas dans la même position par rapport à son éventualité. Les premiers seuls, la prévoyaient. La preuve en est, que bien avant l'ouverture des hostilités, la guerre figurait dans les prévisions des Allemands qui inséraient presque régulièrement dans leurs marchés certaines clauses les préservant en cas de mobilisation générale, de guerre ou de blocus, clauses dites de guerre (*Kriegsclauseln*), que l'on retrouve dans beaucoup de décisions rendues sur leur interprétation. Dans les marchés français, sauf dans les contrats d'assurance, de telles précautions sont peu fréquentes (1). Cela prouve que la guerre de 1914-18 n'a pas été totalement inattendue pour les Allemands et que pour les Français elle a été plus ou moins imprévisible. Les causes en sont sans importance, mais c'est un fait dont il faut tenir compte en déterminant le caractère imprévisible de l'événement survenu, en l'espèce de la guerre mondiale. — Enfin, l'époque où le contrat est formé joue aussi un rôle décisif dans l'appréciation du caractère imprévisible du fait ultérieur. Si c'est une période de tranquillité et de fluctuations normales sur le marché, si aucun signe évident n'indique un changement probable, tout en assurant la continuation de son évolution lente et naturelle, la surprise survenue sera certainement qualifiée d'inattendue. Par exemple, un contrat à longue échéance, se terminant, supposons, en 1940, conclu plusieurs années avant la dernière guerre, la situation diplomatique en Europe tendant vers une paix durable, la prévision d'une guerre nouvelle pouvait paraître, pour ainsi dire, du domaine de la fantaisie. Pourtant, vingt ans après, la guerre de 1939 surgit, et personne ne peut à l'heure actuelle entrevoir avec certitude son développement, sa durée et ses effets qui peuvent être pires que ceux de la guerre précédente. Si, d'autre part, un contrat, étant formé à la veille de cette guerre, où une atmosphère de tension régnait en Europe, toute la presse et l'opinion publique mondiales se trouvant énervées, l'imprévision de la part des contractants d'une guerre pro-

1) Cons. : WAHL (Albert), *Le droit civil et commercial de la guerre*, Paris, 1918, t. II, p. 39-47, nos 1040-1045.

chaîne aurait été une imprudence inexcusable (1). Ce devoir de prévoir s'impose à plus forte raison dans une époque dont l'allure est déjà entrée dans une direction anormale, comme celle d'une guerre en cours, car il est certain qu'elle se déroulera avec des conséquences plus graves et plus pesantes que celles pouvant exister lors de la conclusion du contrat. Ainsi, si le baromètre du coût de la vie indique au début de la guerre une hausse exceptionnelle par comparaison avec celui de la période de paix, si le marché de certaines marchandises révéle une raréfaction de celles-ci ou si on constate un manque de main-d'œuvre, il est fort probable que le coût de la vie sera dorénavant plus élevé encore, que la raréfaction des marchandises sera plus grande encore et que le manque de main-d'œuvre se ressentira davantage. La montée brusque du diagramme qui suit l'évolution accélérée de ces phénomènes-là, devient de plus en plus normale et, par là, accessible aux prévisions des esprits les plus médiocres. La jurisprudence civile n'a pas oublié de faire, à plusieurs reprises, les mêmes observations à cet égard. En présence d'un contrat conclu en 1916, un arrêt se prononce comme suit : « Attendu... qu'à cette époque les contractants n'étaient plus victimes d'aucune surprise, qu'ils devaient raisonnablement prévoir la continuation de la guerre, une perturbation de jour en jour plus accentuée dans la vie économique, et l'accroissement persistant de la hausse », l'imprévisibilité ne peut être admise (2). Elle ne le peut non plus et *a fortiori* dans un autre contrat « conclu en 1919, c'est-à-dire à une époque où toutes les difficultés de

1) A l'occasion de la guerre de Crimée, en 1854, qui, par suite de la mobilisation, aggrava sensiblement la situation des compagnies d'assurance qui s'occupaient, moyennant le versement d'une prime, des remplacements des jeunes gens que le sort aurait désignés pour faire leur service militaire (celui-ci n'ayant pas été obligatoire dans le temps) — le premier avocat général Nicias Gaillard disait de même, en soutenant devant la Cour de cassation la cause des assurés contre les compagnies d'assurance : « La situation politique et diplomatique de la France et des autres Etats européens au cours des années précédentes imposait la prévision d'appels plus considérables ». — Cf. RADOUANT, thèse citée, p. 162.

2) Montpellier, 11 mars 1919, D. 1919.2.49 (7^e espèce).

fabrication, de paiement, de main-d'œuvre, etc... devaient être envisagées » (1).

Par conséquent, le sens de l'expression imprévisibilité ainsi précisé, elle pourrait être admise comme terme technique de notre théorie. En disant imprévisibilité, imprévisible, on ne doit les entendre qu'en ce sens relatif, vu la probabilité vague ou sérieuse lors du contrat de la réalisation de l'événement, survenu après sa conclusion, et jamais au sens absolu. La définition du cas fortuit que nous avons héritée du jurisconsulte romain VINNIUS : « *Casum fortuitum definimus omne quod humano coepto praevideri non potest* »... (2), n'a que cette signification, la seule logique et la seule possible.

Si l'on veut, par contre, retenir les termes : imprévision, imprévu, on arrivera au même résultat après leur avoir donné le sens spécial dans lequel on désire s'en servir. Ainsi, M. AUVERNY-BENNETOT, ayant énergiquement critiqué le terme imprévisibilité de M. RADOUANT, en l'entendant au sens absolu que l'auteur n'a certainement pas voulu lui donner (ce que nous avons d'ailleurs démontré), se décide pour le terme imprévision et le précise de la façon suivante : l'imprévision désigne les événements que les parties n'ont pas prévus, mais que la jurisprudence estime, en se basant sur la considération de faits variables et du reste contradictoires, qu'elles n'avaient pas à prévoir et que le débiteur ou le créancier n'est pas en faute de ne pas avoir prévus (3). Autrement dit, le terme imprévision doit être employé au sens d'imprévision excusable et non pas d'imprévision imputable (imprévoyance). Si l'imprévision est excusable ou non, on peut le savoir suivant le résultat obtenu de l'examen du passé (la fréquence ou la rareté de l'événement en question), de la durée (longue ou courte) et de la nature du contrat (aléatoire ou commutatif), de la profession et de la nationalité des contractants et de l'époque où le contrat est formé (époque calme et avec de bonnes perspectives pour l'avenir, époque calme mais avec des perspectives laissant prévoir des perturbations extraordinaires, ou époque *ab initio* troublée). De la sorte, il est

1) Trib. com. Seine, 16 décembre 1919, D. 1920.2.33 (1re espèce)

2) *Postit. juris.*, lib. II, cap. LXIV.

3) AUVERNY-BENNETOT, thèse précitée, p. 59 et suiv.

évident qu'avec le terme imprévision, déterminé dans le sens indiqué, on exprime absolument la même idée qu'avec le terme imprévisibilité. Or, cette discussion autour du terme n'est, à notre avis, qu'une question de terminologie, n'ayant aucun intérêt théorique. Dire imprévisible ou imprévu, on énonce dans tous les cas la même notion, à condition, bien entendu, qu'on précise leur véritable signification, en indiquant à l'interprète dans quel sens il faut les entendre. Imprévision excusable ou imprévisibilité de ce qui n'était pas à l'époque du contrat de réalisation probable, — le terme nous est parfaitement égal. Pourtant, nous préférons imprévision à imprévisibilité pour cette simple raison que cette expression, déjà entrée dans l'usage courant, est devenue habituelle. Dès lors, nous parlerons donc toujours de la théorie de l'imprévision et du fait imprévu, en ce sens : que l'événement survenu ou ses conséquences n'étaient pas au moment du contrat raisonnablement prévisibles par les parties en rapport.

Nous avons parlé jusqu'ici de l'événement ou de ses effets imprévus, si l'événement lui-même était possible à prévoir. Avons-nous bien fait ? N'est-il pas indifférent à la théorie de l'imprévision le caractère imprévu de l'événement pris en dehors de ses conséquences ? Ne serait-il pas plus correct de parler exclusivement du caractère imprévu de celles-ci, en négligeant totalement celui de l'événement ? Au point de vue du raisonnement pur cela serait parfait ainsi. Un événement, quel qu'il soit, n'a point de rapport direct avec un contrat. Sa survenance influe tout d'abord sur la situation extracontractuelle, en y provoquant : la hausse ou la baisse des prix, la rareté ou l'abondance de la main-d'œuvre, la diminution ou l'augmentation de la production, la difficulté de fourniture ou de transport, etc., et ne se répercute qu'indirectement sur la situation contractuelle, c'est-à-dire sur le contrat. De la sorte, ce n'est pas l'événement qui altère l'équilibre entre les prestations réciproques, mais ses effets exprimés par les phénomènes ci-dessus. Plus précisément encore, l'élément d'imprévision devrait concerner le préjudice découlant de l'exécution complète du contrat pour l'une ou l'autre des parties et qui dépasse le risque normal, l'aléa ordinaire, attaché à la nature des contrats successifs et

à terme. En effet, cette remarque (du reste toute logique) n'a pas d'intérêt pratique. Elle se rapporte à la séparation de la cause et de son effet. Or est-il possible de prévoir l'effet sans connaître ses causes ? Non, sans doute. Par conséquent, il est parfaitement indifférent qu'on parle de l'événement ou de ses conséquences imprévues, ou même du préjudice anormal causé par un événement inattendu : le résultat est le même (1). Mais, s'il est déplacé de parler de l'événement imprévu sans qu'il ait sur l'économie des contrats des conséquences et des répercussions tout aussi imprévues, le contraire ne l'est pas. On peut envisager la survenance éventuelle d'un événement et ne pas pourtant prévoir toutes ses nombreuses conséquences. Car tout en connaissant la cause principale d'un fait, on ne peut jamais en connaître les secondaires ; partant, il n'est pas possible d'entrevoir tout l'ensemble des effets qui s'ensuivent. Cela d'autant plus que ce fait a une certaine durée qui provoque une évolution subséquente, de nouvelles causes et de nouveaux effets. Si la guerre de 1914-18 a été prévisible à un moment donné, il est certain que sa durée et ses effets inouïs, vu l'enseignement de l'histoire, l'exemple de la guerre de 1870 notamment, et tenant compte du fait de l'évolution qui se produit à chaque instant dans la société, ne l'étaient absolument pas. C'est pourquoi nous avons toujours insisté sur le caractère imprévu de l'événement survenu ou de ses conséquences, si lui-même n'avait pas ce caractère lors du contrat.

En ce qui concerne le critère d'un événement imprévu et d'un autre qui ne l'est pas, nous l'avons déjà touché en discutant la question de terminologie. Ce n'est donc qu'une affaire d'espèce, et il appartient au juge de la trancher suivant les circonstances, en tenant compte de la fréquence, de la rareté de l'événement ou de ses effets, de la nature et de la durée du contrat, de l'époque, du milieu social et de la personnalité des contractants. En procédant ainsi, il se peut qu'un événement soit qualifié une fois d'imprévisible et une autre fois de prévisible. C'est pourquoi une énumération préalable des faits constitutifs d'imprévision n'aurait aucune utilité et aucune importance. Si nous

1) Dans ce sens : WAHL, *op. cit.*, p. 6, n° 1015-1 ; — RADOUANT, thèse précitée, p. 156.

L'avons faite, ce n'était qu'à titre de démonstration et sous cette réserve.

Cette faculté ou plutôt ce devoir d'appréciation laissé entièrement au juge du fond, ne sera pas très aisé à accomplir. Il exigera une certaine aptitude de finesse et de subtilité, la possession d'une assez forte intuition, des recherches et des efforts d'un véritable savant-sociologue. Mais, bien que laborieux et difficile, ce devoir du juge ne représente aucune nouvelle charge pour lui, parce qu'il l'avait déjà dans le domaine de la force majeure, où l'élément d'imprévision joue le même rôle que dans le domaine de notre théorie. Il n'a qu'à profiter des résultats et des travaux effectués, en les perfectionnant et en les modelant selon les exigences et les nécessités de son temps. Sa tâche est donc aujourd'hui moins lourde que dans le passé. En disposant des indications et des directives que l'expérience lui offre, comme de celles qu'il découvrira lui-même sur la base du modèle indiqué, le juge réussira toujours à déterminer d'une manière presque parfaite la qualité imprévisible de l'événement survenu ou de ses conséquences ultérieures. Cela d'autant plus qu'il n'a point à se préoccuper de l'état psychologique, de l'intimité de l'âme et de la conscience des contractants au moment où ils ont formé leur lien contractuel ; il n'a pas à rechercher ce qu'ils ont pensé, ce qu'ils ont prévu ou n'ont pas prévu en dehors de ce qu'ils ont dit, mais ce qu'ils ont dû et ce qu'ils n'ont pas dû prévoir suivant les circonstances objectives qui se sont présentées à l'occasion de leur contrat. Bref, il est tenu d'observer uniquement les données réelles qui lui sont soumises et d'en tirer les conclusions nécessaires.

En effet, le problème en lui-même a un véritable caractère psychologique et subjectif. La solution serait plus près de la vérité si le juge pouvait pénétrer les coins mystérieux de la subconscience, s'il pouvait dévoiler les pensées non exprimées et les intentions secrètes des partenaires. Mais cela lui est fort difficile, sinon impossible, et, en outre, la procédure d'un examen semblable durerait très longtemps et exigerait les travaux de spécialistes-psychologues. A part cela, le grand inconvénient d'un tel procédé serait une diversité désordonnée et discontinue de solutions apportées ; chaque espèce aurait quelque chose

de particulier qui la différencierait des autres ; à côté des cas normaux, on découvrirait des états psychopathologiques, des natures nerveuses, des caractères instables, des individus distraits... Cela représenterait donc un danger considérable pour la sécurité des affaires. — Alors, pour éviter toutes ces incommodités, le juge au lieu de descendre dans l'obscurité des forêts intérieures des parties en litige, n'aura devant ses yeux qu'un *homme type*, un homme moyen et raisonnable, ce qu'on appelle, depuis les Romains, un bon père de famille (*bonus pater familias*), c'est-à-dire un homme vigilant qui soigne bien ses intérêts mais n'ayant pas de prétentions excessives et qui a le sens de ses devoirs (1). Cet homme type, ce n'est pas une fiction, un modèle idéal, tiré au hasard et superficiellement de la société ; c'est un industriel, un ouvrier, un paysan, un Allemand ou un Français. Il est moyen dans la branche professionnelle, dans la classe sociale, dans l'ambiance, dans le milieu, dont il fait partie, où il agit et passe toute son existence. Le juge n'aura pas de difficultés inextricables pour trouver cet homme type. Tout d'abord, c'est lui-même qui appartient aussi au milieu social dont il s'agit ; il connaît ses coutumes, ses mœurs et les gens qui le constituent, ayant, en plus, comme intellectuel, une vue générale sur le cours et les tendances de la vie sociale au moment donné. De plus, il peut utiliser les statistiques, demander l'avis d'experts élus parmi les gens qui font partie de la même branche que les contractants ; etc. Ainsi, le juge n'aura vraiment pas besoin de se demander ce qui fut prévu ou ne le fut pas de la part des contractants ou de la part de l'un ou de l'autre parmi eux, mais ce qui, selon le résultat de l'étude poursuivie du cas concret, selon les comparaisons faites avec d'autres individus pouvant se trouver dans les mêmes conditions, lui paraît objectivement prévisible ou imprévisible. La raison d'une nécessité de stabilité dans le commerce juridique, de vitesse, d'uniformité et d'homogénéité des solutions, lui dicte de tabler son travail d'appréciation exclusivement sur un plan le

1) Voir : CASSIN, *op. cit.*, p. 424 ; — RADOUANT, thèse précitée, p. 150 et suiv. ; — BRUZIN, thèse précitée, p. 29 et 32 ; — VOIRIN, thèse précitée, p. 142 ; p. 146.

plus possible objectif, en éliminant les données subjectives pouvant causer des égarements, des erreurs, un chaos de critères et une lenteur exagérée de procédure.

Section D

NON-IMPUTABILITÉ AU DEMANDEUR DE L'ÉVÉNEMENT SURVENU

Pour que le demandeur puisse se prévaloir du caractère imprévu de l'événement ultérieur, il faut que son avènement ou celui de ses conséquences sur le contrat ne lui soit pas imputable, c'est-à-dire qu'il faut qu'il ne se trouve pas en faute à l'égard de cette survenance et qu'il n'en soit pas responsable. Autrement dit, il est nécessaire que cet événement et ses effets surviennent spontanément, que le demandeur ne les ait pas provoqués par ses propres actions soit intentionnellement, soit par négligence ; il faut, en outre, qu'il ait essayé par tous les moyens dont il disposait d'empêcher leur réalisation et leur influence sur le contrat. Alors, d'un côté, il doit éviter toute action tendant à la survenance de l'événement imprévu et de ses conséquences fâcheuses, rester passif à cet égard ; d'un autre côté, il doit agir activement en prenant toutes les mesures et précautions possibles contre cette éventualité.

En effet, la provocation de la survenance d'un événement imprévu par la force humaine est, pour la plupart des cas, plutôt une hypothèse théorique qu'une possibilité réelle. Un contractant, quel qu'il soit, ne peut causer un tremblement de terre, une éruption volcanique, une sécheresse, un orage, une tempête, une dévastation des champs par une nuée de sauterelles. En généralisant, on pourrait donc affirmer que tous les faits de la nature apparaissent indépendamment de l'activité humaine.

Quant aux événements provenant du fait de l'homme : une guerre, une révolution, une grève, une loi, une découverte scientifique, ils sont tous en rapport de cause à effet avec un acte de volonté. Une guerre ne peut éclater sans qu'il y ait une délibération d'un groupe d'hommes et un acte de déclaration ; une révolution ou une grève ne peuvent pas être déclenchées sans une décision et des actions

en ce sens ; une découverte scientifique ne peut pas être annoncée au monde sans un homme, un savant, qui s'en occupe et sans que les individus divers l'aident dans son travail. Cependant, en supposant qu'un chef d'état ait provoqué une guerre, un révolutionnaire imposé une révolution à son pays, un chef de syndicat proclamé une grève générale contre le patronat, qu'un savant-ingénieur ait inventé un procédé simplifiant et rendant meilleur marché la fabrication d'un produit donné, et que ces individus soient en même temps des contractants qui succombent sous le fait imprévu dont ils sont les créateurs, on ne peut pas prétendre que ce fait leur soit imputable et que, par conséquent, la théorie de l'imprévision qu'ils invoquent doive se désintéresser froidement de leurs contrats. Non, pour cette bonne raison que tous ces actes sont dictés par l'observation d'un intérêt collectif qui plane au-dessus de l'intérêt personnel, tout au moins de l'intérêt pécuniaire et matériel, de leurs auteurs. Ils agissent au nom d'un idéal, d'une idée réputée utile à la société qui les a invités à la faire progresser et à l'emmener vers un meilleur avenir. Pour une guerre, c'est l'intérêt vital du pays qui la demande ; pour une révolution, c'est la révolte d'une classe sociale opprimée ou la réaction de celle qui gouverne ; en tout cas, c'est une nécessité historique qui l'impose ; pour une grève générale, c'est la défense légitime de l'intérêt professionnel des ouvriers qui la veut ; pour une loi introduisant une inflation, une déflation, un nouvel impôt, ou relevant les taxes de douane, c'est la nécessité d'assainissement financier et économique qui la provoque ; pour une découverte scientifique, c'est la nécessité de progrès et de perfectionnement de l'esprit humain et la tendance à une vie plus agréable et moins dure qui la justifient.

Par conséquent, un parlementaire qui vote pour une loi de réforme monétaire proposée par le Ministre des Finances, n'en est pas du tout responsable, et pourrait, le cas échéant, se prévaloir de la théorie de l'imprévision ; s'il a voté, il ne l'a pas fait comme un contractant qui va profiter de cette loi, mais en exerçant ses fonctions publiques et sa compétence dérivant de la Constitution, compétence qui n'est pas seulement son droit mais aussi son devoir. Un ouvrier qui a participé à une grève et qui ne peut pas payer

à temps, supposons, son loyer, en raison de la cessation de son travail, se trouve dans la même situation. Un industriel qui riposte contre une grève par un lock-out, n'est pas dans une position différente en face de ses engagements (1).

Ceci dit, on peut se demander s'il est nécessaire ou non de parler de la conduite passive du demandeur vis-à-vis de la survenance de l'événement imprévu comme condition de son irresponsabilité. De prime abord, il nous semble bien que l'événement survient ou ne survient pas quelle que soit la conduite, soit-elle passive ou active, du demandeur. Les faits de la nature démontrent une fatalité incontestable dans leur jeu. Les faits de l'homme ne le sont pas avec la même rigueur, mais eu égard à leur utilité sociale ils ne se différencient pas beaucoup des premiers. La différence qui existe entre eux et les faits de la nature est même interprétée en leur faveur ; bien qu'ils soient l'œuvre d'un homme, cet homme n'en porte aucune responsabilité. Faut-il discuter dès lors sur la question d'imputabilité et de non-imputabilité de la survenance de l'événement imprévu à l'un ou à l'autre des contractants à la base de leur attitude concernant cette survenance ? A notre avis, il n'y a là aucun intérêt, surtout à l'égard des faits provenant de la nature. Quant aux événements issus de la force humaine, il en est de même, s'ils sont justifiés de la façon que nous venons d'exposer ; par contre, s'il n'y figure aucune raison d'utilité sociale, ils sont imputables même à leur provocateur. Il en est ainsi dans le cas d'une grève ou d'un lock-out par vengeance. Il en est ainsi dans tous les cas où il s'agit de crimes (inondation résultant de la levée d'un barrage, assassinat, brigandage, attentat contre la vie ou la propriété), de délits et de quasi-délits au sens civil du terme et de faits appartenant aux accidents du travail. Cela, parce que le motif générateur de ces actes est l'intérêt personnel de l'agent qui ne s'harmonise pas avec celui de la société. Les faits du Prince en sont, naturellement, exclus, parce qu'il est à présumer qu'ils traduisent toujours une certaine nécessité sociale et jamais un intérêt égoïste quelconque.

Pourtant, en ce qui concerne un fait du Prince, il se peut qu'il soit la conséquence d'une faute commise par un

1) *Contra* la jurisprudence. — Voir : Trib. com. Lyon, 12 janvier 1900, D. 1900.2.199.

particulier. Par exemple, s'il y a eu une exportation considérable de l'or avec l'intention de faire échec au parti gouvernemental, en l'obligeant à décréter le cours forcé de la monnaie-papier, les exportateurs n'auront pas le droit d'invoquer à leur profit la théorie de l'imprévision par suite de la hausse des prix qui en résultera. Par conséquent, la survenance d'un fait du Prince pourrait, dans cette conjoncture, être indirectement, si l'on peut dire, imputable au demandeur.

Il est encore dit que le demandeur doit agir activement afin d'empêcher la survenance de l'événement imprévu ou d'éviter les effets de celui-ci sur son contrat, s'il tient à ce que cette survenance ne lui soit pas reprochable. L'efficacité de ses actions et de son opposition sont ici beaucoup plus remarquables que dans le domaine ci-dessus. Il est vrai qu'il ne dispose pas de moyens de faire obstacle à la réalisation de presque tous les faits de la nature et de la plupart des faits de l'homme ; ils portent tous le caractère irrésistible, insurmontable et inévitable, c'est-à-dire qu'étant absolument supérieurs aux forces de l'homme qui les affronte, il ne peut rien faire contre eux. Mais ce qu'il peut le plus souvent, c'est triompher de leurs suites indésirables, en entreprenant, avant qu'elles ne se soient entièrement réalisées, des mesures et des précautions se trouvant en son pouvoir. Ainsi, en face d'un fait de la nature, par exemple, d'une dévastation de champs par une nuée de sauterelles, il peut, en apprenant son éventuelle arrivée, répandre sur ses champs de la poudre empoisonnée pour tuer ces insectes. Si, étant surpris, il ne l'a pu faire à temps, il lui est possible d'organiser, par la suite, de grandes battues avec d'autres agriculteurs. Une inondation dont la survenance probable menace de couper les voies ferrées, peut être facilement surmontée par des travaux appropriés de la part des compagnies de chemin de fer, obligées d'effectuer leur transport (1). Cependant, il faut bien faire remarquer que ce devoir du demandeur n'est pas toujours réalisable. Il ne l'est que dans les situations où le demandeur peut être prévenu par des signes et des avertissements qui attirent son attention sur la probabilité de la survenance de tel ou tel

1) Dans ce sens : Cass. Req., 6 janvier 1869, D. P. 1869.1.19.

événement. C'est le cas de tous les événements précédés d'un pronostic, événements dont on écrit et dont on parle. Mais il y en a, d'autre part, qui surgissent inopinément et à l'improviste (tremblement de terre, chute d'un bolide, foudre suivie par un immense incendie, etc.) ; là, la force de la résistance humaine est nulle. La question se ramène donc à savoir si l'événement survenu était prévisible ou non avant qu'il ait apparu et au moment où il était possible d'en triompher (1).

A l'égard des événements provenant du fait de l'homme, dont le plus grand nombre de ceux qui intéressent la théorie de l'imprévision (guerre, révolution, grève, crise économique) n'arrivent qu'après avoir été devancé par des symptômes et des présages indiquant leur fort probable survenance, le demandeur a une position qui lui permet plus facilement de faire face à leurs suites sur l'équilibre de son

1) On peut être, ici, facilement séduit par la ressemblance des mots et se hâter de conclure que la notion d'imprévision et la prévisibilité de l'événement imposant le devoir au demandeur de s'efforcer d'éviter ses effets consécutifs, s'excluent, et que, par contre, l'imprévision initiale, lors du contrat, et l'imprévisibilité de cet événement au cours et à la veille de l'exécution, doivent être assimilées. Autrement dit, on pourrait penser que l'imprévision et la non-imputabilité s'absorbent dans un seul problème : celui de l'imprévision ou celui de la non-imputabilité. Il est vrai, d'ailleurs, que si le demandeur n'avait pas prévu la survenance de l'événement ultérieur au temps où l'on a contracté, quoiqu'il y fût obligé, les circonstances le démontrent, c'est de sa faute, et le fait de son imprévoyance lui est imputable. Si, d'autre part, il n'a rien entrepris contre les effets d'un événement qui a subitement apparu dans un moment postérieur à la conclusion du contrat, en ne donnant pas l'occasion au demandeur de l'éluder, il en est excusé, parce qu'il ne pouvait le prévoir avant qu'il ne soit arrivé. Ce raisonnement n'est pas faux dans le fond. Il découle, du reste, de nos développements antérieurs. Mais ce qui est erroné, à notre avis, c'est assimiler l'élément imprévision à l'élément non-imputabilité, comme l'ont fait à tort quelques auteurs (BRUZIN, thèse précitée, p. 25, et VOIRIN, thèse précitée, p. 187-188, notamment). L'élément imprévision ne se rapporte qu'à l'époque de la formation du contrat ; l'élément non-imputabilité, qui traduit la conduite non fautive du demandeur, se rapporte à toute la durée du contrat jusqu'à ce qu'il ne soit éteint. Pour le principe, il est sans intérêt que cette non-imputabilité résulte de l'imprévision ou d'une autre raison, ce qui est très possible, comme nous le verrons tout à l'heure.

contrat. S'agit-il d'un marché à livrer, le meilleur moyen est de se procurer d'avance des stocks suffisants pour toutes les échéances jusqu'à la dernière. A la veille d'une guerre ou d'une crise économique qui a déjà commencé à se ressentir, il n'a qu'à accumuler les marchandises et les matières premières qu'il doit fournir ou livrer, avant que leurs prix soient montés au-dessus de la moyenne. En exécutant ensuite les prestations suivantes d'après la lettre du contrat et au prix stipulé, il ne subira aucune perte, bien qu'une hausse considérable pèse déjà sur le marché. S'il avait fait cette accumulation en s'abritant contre la hausse des prix, le manque de main-d'œuvre pourrait le menacer, d'autre part, parce qu'on envisage une mobilisation ou une grève générale, aussi ne doit-il tâcher de multiplier ses heures de travail ou le nombre de ses ouvriers, et augmenter ainsi la capacité productive de ses usines, ce qui lui servira plus tard, durant la crise, à surmonter les difficultés qui l'accablent.

Parfois, le demandeur se trouve en possibilité d'empêcher la survenance même de certains événements de cette nature, s'il emploie l'ultime effort de ses forces matérielles et morales. Ainsi, un syndicat patronal, un groupe ou un seul patron peuvent éviter une grève que préparent leurs ouvriers, en faisant des concessions à leurs exigences raisonnables et à leurs demandes légitimes. Si elle est pourtant déclenchée, ils peuvent la faire cesser de la même façon (1). En matière de grèves, cette conduite active du demandeur est souvent confondue avec sa conduite passive, voire l'absence de provocation. C'est pourquoi on pourrait également dire que le patron, pouvant empêcher ou faire cesser une grève, doit de même ne pas la provoquer, comme la jurisprudence civile le pense (2). A notre avis, il vaut mieux souligner la nécessité de son activité ayant pour but d'éviter l'apparition de la grève que son inactivité ayant pour but la non-provocation de celle-ci, parce que dans tous les cas, pour ne pas la provoquer ou pour l'empêcher ou la faire cesser, le patron doit agir pour satisfaire les besoins de son personnel. Il se peut, bien entendu, qu'il ait

1) Voir : Trib. com. Nantes, 3 février 1894, conf. Rennes, 28 juin 1894, D. 1895.2.214 ; — Trib. com. Marseille, 24 août 1900, conf. Aix, 21 novembre 1901, D. 1902.2.197.

2) Poitiers, 4 décembre 1906, S. 1907.2.135.

fait quelques réductions de salaires ou qu'il ait alourdi certaines conditions de travail, par quoi il incite le mécontentement de ses ouvriers tendant à la grève, ce qu'il n'aurait pas dû faire, mais il se peut aussi qu'il puisse, par la suite, réparer sa faute et rétablir l'ancien état de choses, ce qu'il doit entreprendre s'il ne veut pas être rendu responsable des conséquences d'une grève éventuelle.

Cependant, bien que l'avènement de ces faits aggravant la situation contractuelle du demandeur soit prévisible, il ne peut, avec la meilleure volonté de le surmonter, apporter des sacrifices qui surpassent l'aléa normal de son contrat et qui seraient les mêmes que s'il était obligé d'exécuter intégralement la prestation assumée en dépit de l'événement survenu, à supposer qu'il fût insurmontable au sens absolu du mot. Il y a donc toujours une limite où ses efforts doivent s'arrêter, et cette limite commence là où finit le risque ordinaire attaché au contrat. Nous avons envisagé la possibilité d'entassement anticipé de stocks à la veille d'une crise, d'accroissement des heures de travail et de la main-d'œuvre à la veille d'une mobilisation, comme le devoir de faire des concessions aux exigences des ouvriers préparant une grève... Cependant, il faut que toutes ces mesures correspondent au résultat voulu, c'est-à-dire que le demandeur réussisse à échapper à la difficulté excessive d'exécution totale de son contrat, difficulté issue du fait imprévu s'il n'avait pas pris des précautions nécessaires pour celui-ci. Est-ce toujours possible ? Non, sans doute. Si le demandeur est obligé d'amasser des réserves dont il a besoin jusqu'à la dernière échéance périodique de son contrat, les autres particuliers se trouvant dans la même position que lui, le seront aussi. Or, la demande des marchandises qu'il désire emmagasiner sera, au bout d'un certain temps, tellement augmentée que la hausse de leurs prix apparaîtra nécessairement. Par conséquent, les efforts du demandeur à cet égard ne peuvent aller que jusqu'au moment où cette hausse a pris de telles proportions qu'il subirait des pertes considérables s'il les poussait plus loin. Et non seulement il est possible de se heurter à une hausse exceptionnelle, qui représenterait un véritable cas d'imprévision, mais encore à un manque de marchandises en question : elles pourraient bien être épuisées avant que tous les stocks nécessaires ne soient constitués, ce qui aurait pour effet un cas de

force majeure, une impossibilité absolue d'exécution. La situation d'un patron menacé par l'insuffisance de main-d'œuvre à la veille d'une mobilisation ou d'une grève générale ne serait pas plus favorable, parce qu'il pourrait se trouver également devant une cherté excessive ou un manque de celle-ci. De même un industriel dont les ouvriers préparent une grève contre lui et qui est en obligation de céder à leurs exigences, ne peut pas être forcé de donner satisfaction à tout ce qu'ils lui demandent, car ils peuvent solliciter des sacrifices qui le mettraient en difficulté insurmontable pour continuer la production des commandes reçues, dans les conditions primitives (1).

Enfin, si le demandeur ne doit pas provoquer le fait imprévu et s'il doit tâcher d'éviter ses conséquences fâcheuses, il est, à plus forte raison, tenu de ne pas aggraver sa situation contractuelle. S'il a eu, par hypothèse, des stocks accumulés à l'avance, il ne pourrait pas s'abriter sous la protection de la théorie de l'imprévision dans le cas où il aurait vendu ses réserves au moment où leurs prix sont sensiblement montés, en les épuisant complètement, avant que le terme de ses livraisons fût expiré. Rien ne l'excuserait auprès de son créancier pour la difficulté ultérieure d'exécuter son marché dans les anciennes conditions, car il aurait pu conserver ses magasins intacts s'il n'avait pas eu l'intention de spéculer dessus. Le gain qu'il a eu à la revente doit être entièrement compensé par la perte résultant des effets de l'événement survenu, bien qu'elle soit plus élevée que le gain, parce que c'est lui-même qui a rendu plus pénible sa situation, en démontrant sa mauvaise foi à vouloir profiter d'un fait imprévu, tout en étant protégé contre lui en même temps, mauvaise foi invoquée contre son co-contractant à qui il demande la dispense de l'exécution complète de son obligation initiale (2).

Il en est de même pour un demandeur qui se trouve en demeure d'exécuter son obligation (art. 1138, 2^e al. et art. 1302 du Code civil), c'est-à-dire le demandeur dont le retard d'exécution est constaté officiellement par une sommation, voire un acte signifié par un huissier ou tout acte

1) Dans ce sens : Cour de Poitiers, 12 janvier 1903, D. 1903. 2.389.

2) Cons. : WAHL (Albert), Note au Sirey, S. 1916.1.17, et *Droit civil et commercial de la guerre*, op. cit., p. 10.

émanant d'un officier public et manifestant d'une façon formelle l'intention du créancier d'obtenir l'exécution. Cela parce que si le débiteur avait rempli son obligation à temps, il aurait devancé la survenance de l'événement imprévu et échappé ainsi à ses conséquences rendant onéreuse l'exécution retardée. En ce cas-là il faut, bien entendu, que le retard ne soit pas excusable, c'est-à-dire qu'il ne soit pas dû à un autre événement inattendu et susceptible d'imprévision.

En résumé, pour que le demandeur ne soit pas accusé d'avoir commis une faute contractuelle au moment où il invoque la théorie de l'imprévision et qu'il y réussisse, son attitude doit être, pendant toute la durée du contrat, du début jusqu'au procès qu'il intente, impeccable et sans reproche. En d'autres termes, il doit se comporter tout le temps en bon père de famille et de bonne foi, tant à l'égard de la situation extracontractuelle rendant économiquement impossible l'exécution de son contrat en ne la provoquant pas et en s'efforçant, selon ses possibilités, de l'éviter, qu'à l'égard de la situation contractuelle en ne l'aggravant pas par des manœuvres spéculatives et en n'en retardant pas l'exécution. Le Code civil, lui-même, se prononce expressément dans ce sens, en prescrivant, dans son article 1147, que le débiteur doit être condamné aux dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution « toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part ».

La question d'imputabilité, comme celle d'imprévision, est une question de fait, et c'est au juge du fond de dire où elle existe et où elle n'existe pas, selon l'examen détaillé du cas concret. Certes, ce ne sera pas non plus une nouvelle tâche pour la jurisprudence, puisqu'elle abonde déjà jusqu'à présent en expériences à ce sujet en matière de force majeure et de cas fortuit, où elle a démontré une faculté de souplesse et de subtilité admirable (1).

1) Cons., en dehors de la jurisprudence citée dans cette section : Cass. civ., 18 avril 1882, D. P. 1884.1.25 ; — Cass. Req., 28 octobre 1907, S. 1908.1.32 ; — Cass. Req., 28 octobre 1907, D. 1909.1.282 ; — Paris, 22 décembre 1910, S. 1911.2.149 ; — Cass. civ., 2 mars 1915, D. P. 1920.1.108 ; etc.

Section E

EFFET DE L'ÉVÉNEMENT SURVENU
SUR L'EXÉCUTION DU CONTRAT

Le dernier élément indispensable pour la constitution de la théorie de l'imprévision et le plus essentiel et le plus important, celui qui en pratique demeure au premier plan et est soumis à l'étude préliminaire du juge, c'est l'effet de l'événement imprévu rendant l'exécution de la prestation primitivement assumée excessivement lourde pour le débiteur et démesurément avantageuse pour le créancier, ou inversement : insignifiante pour le créancier et fort profitable pour le débiteur. Il est le plus essentiel et le plus important, parce que c'est lui qui révèle le bouleversement de la situation contractuelle, l'altération profonde et le déséquilibre disproportionné entre les créances réciproques des contractants, et parce que c'est lui qui impose au demandeur, c'est-à-dire à celle des parties qui en souffre, la nécessité d'invoquer la théorie de l'imprévision. Tandis que les autres éléments constitutifs dont nous venons de terminer l'exposé, ne servent qu'à titre de justification à notre théorie, ce dernier est celui qui la met en action et en mouvement. Tandis que les autres sont d'ordre extracontractuel, n'envisageant que l'origine et le caractère de l'événement survenu, son rapport avec la possibilité de contractants de le prévoir lors du contrat et l'attitude non-imputable au demandeur envers lui et ses conséquences, ce dernier est d'ordre contractuel, en créant directement la situation critique soit pour l'un, soit pour l'autre des partenaires dans le cadre du contrat même... Devant le juge il est le premier qui entre en considération comme point de départ de son examen ; après avoir constaté l'existence d'une disproportion frappante entre les valeurs échangées par le contrat et la difficulté exorbitante pour l'une ou l'autre des parties de l'exécuter dans de telles conditions, il continuera à rechercher sur cette base l'imprévision et la non-imputabilité, comme les autres éléments qui achèvent la construction de la théorie de l'imprévision. — Pourtant, bien qu'il en soit ainsi, nous avons réservé à cet élément seulement la dernière place de notre exposé. Si nous l'avons fait, ce n'était qu'en raison de l'ordre

chronologique que nous avons suivi, en mettant les causes avant leurs effets.

Les conséquences de l'événement imprévu se traduisent donc par la difficulté excessive d'exécuter le contrat tel quel pour le débiteur ou d'accepter cette exécution pour le créancier. Que signifie-t-il ce terme : difficulté excessive d'exécution ? Quoiqu'il soit d'une portée primordiale pour savoir si l'on est en présence d'un véritable cas d'imprévision, sa notion précise est la moins déterminable et échappe à toute définition précise et définitive. La raison est dans le caractère individuel de chaque espèce particulière dont on est saisi. Il est très malaisé de dire s'il s'agit d'une difficulté ordinaire ou d'une difficulté extraordinaire et ruineuse d'exécution avant de connaître la situation personnelle du contractant qui s'en plaint, sa fortune, ses affaires et les autres contrats qu'il a conclus.

Si bien que le juge dispose d'un moyen auxiliaire qui servira d'excellente boussole à ses efforts pour déceler le degré nécessaire de cette difficulté : c'est la disproportion entre les valeurs et le montant des prestations corrélatives, disproportion qui a remplacé, sous l'influence du fait survenu, l'équilibre initialement établi entre elles. Cet élément comporte un trait purement objectif et abstrait, s'approchant de très près de la notion de lésion dans les contrats qui constitue un vice de consentement (1) ; c'est pourquoi on l'appelle fréquemment dans la doctrine « *lésion subséquente* », à la différence de la lésion initiale, celle dont nous parle le Code civil (2)... En comparant le coût de l'objet promis à l'époque du contrat à celui à l'époque de l'exécution et en le confrontant à la contrevaleur, le juge aura sur le champ la situation nette lui indiquant l'état d'un déséquilibre évident qui compromet la vitalité et la persistance du contrat. Cette opération est très facile à faire, puisqu'il n'a qu'à collationner les deux cours de la marchandise (ou de la main-d'œuvre) qui fait l'objet de la prestation à effectuer, celui de la formation à celui de l'exécution du contrat. Ainsi, en prenant le cas des contrat conclus en 1913.

1) Voir l'article 1118, qui pose le principe, et les articles : 773, 887, 2^e al., 1305 et 1674 du Code civil, qui lui dérogent.

2) Voir, par exemple, MONTEL (Alberto), *La révision des contrats par le juge en Italie*, dans Travaux de la Semaine Internationale de droit, Paris 1937, pp. 76, 84.

et ayant échéance en 1920, la Statistique Générale de la France démontre l'état de choses qui suit :

Marchandise	Quantité	prix en 1913	prix en 1920
Vin	hectolitre	22 frs	118 frs
Huile d'olives	100 kil.	160 »	1200 »
Riz	Idem	65 »	440 »
Café	50 kil.	60 »	393 »
Coton	Idem	87 »	805 »
Laine	100 kil.	233 »	1550 »
Soie	1 kil.	56 »	470 »
Lin	100 kil.	110 »	2600 »
Cuir vert	50 kil.	65 »	350 »
Cuivre	100 kil.	160 »	702 »
Etain	Idem	397 »	2140 »
Zinc	Idem	60 »	315 »
Plomb	Idem	56 »	295 »
Nitrate de soude	Idem	24 »	150 »
Papier-journal	Idem	28 »	375 »
Charbon	tonne	23 »	300 »

Le même tableau statistique pourrait s'allonger à l'infini en citant tous les autres articles que nous avons omis d'énumérer ici (le blé, la farine, le maïs, le sucre, le nickel, l'aluminium, l'essence, etc.), comme la main-d'œuvre et le pouvoir d'achat du franc également (important pour les contrats de prêt de consommation comme pour tous les autres qui portent sur une somme d'argent). Nous avons pris l'époque la plus marquante, celle qui englobe la période de la guerre mondiale, pour frapper l'attention par la différence inouïe et unique dans l'histoire des prix d'avant et d'après cet événement imprévu. L'on pourrait de même citer de nombreux exemples tirés de la période de paix, comme celle d'avant et d'après la crise économique de 1930, ou d'avant et d'après une loi sociale protégeant les intérêts de la classe ouvrière ou une loi qui introduit des nouveaux impôts, etc. Tous ces exemples revêtus des chiffres qui marquent tantôt l'enchérissement, tantôt la diminution des valeurs des biens économiques, nous indiqueraient par une évidence parfaite l'altération de la balance entre les intérêts opposés des contractants au profit

soit de l'un soit de l'autre ou, à mieux dire, à la charge du demandeur se prévalant de la théorie de l'imprévision.

Cependant, à la différence de la lésion, pour notre théorie il n'est pas suffisant d'avoir constaté une certaine disproportion entre les créances corrélatives. Pour la lésion c'est le tout. Du moment où l'on a établi que l'une des parties subit un préjudice de plus du quart (partage), de plus des sept douzièmes (vente d'immeubles), ou de plus de la moitié (acceptation de succession), ou parfois un préjudice quelconque (conventions des mineurs) — le contrat est vicié. L'inéquivalence qui existe entre les prestations n'est qu'un indice du défaut de consentement librement exprimé du côté de la personne lésée et une preuve que cette personne se trouvait en état d'infériorité mentale ou économique vis-à-vis de son partenaire. En dernière analyse, la cause immédiate de la caducité du contrat n'est pas la lésion, mais le manque de liberté contractuelle qu'elle indique, c'est-à-dire l'absence d'autonomie de la volonté exigée par le Code civil pour la constitution parfaite du lien contractuel. La lésion n'envisage donc que la formation du contrat où la question de libre consentement est seule intéressante ; une fois le contrat légalement passé, la lésion n'entre plus en considération. Pour la théorie de l'imprévision, il n'en est pas ainsi en raison du moment où elle intervient et de la nature spéciale des contrats où elle joue. Elle n'a rien à voir avec la question de volonté, parce qu'elle apparaît seulement à l'époque où la question d'exécution se pose et où il est présumé que le contrat ne subit aucun vice de formation et qu'il est parfaitement correct et valable. En d'autres termes, le prétexte direct de son intervention est le déséquilibre lui-même, donc un élément matériel, sans l'interposition d'un élément psychologique comme dans la lésion. Mais il y a un fait dérivant de la durée des contrats à exécution périodique et différée auxquels notre théorie s'intéresse exclusivement, fait qui adoucit l'acuité de ce déséquilibre : c'est l'aléa normal ou le risque à courir, lié inséparablement à la nature de ces actes ; or, le déséquilibre constaté doit avoir de proportions telles d'être en état de pouvoir apparaître nonobstant cet aléa. Autrement dit, de la perte résultant de l'effet du changement du prix de l'objet qui figure dans la pres-

tation à effectuer, changement qui eut lieu entre la formation et l'exécution du contrat, il faut soustraire la quantité appartenant à l'aléa. Si après ce calcul il reste encore une quantité qui alourdit la charge du demandeur, c'est là qu'il s'agit d'une possibilité d'imprévision.

Il est en dehors de toute discussion qu'un certain risque de perdre ou de gagner est inhérent aux contrats dont l'exécution n'est pas de caractère instantané, car ils ne peuvent pas exister sans le subir. A part l'esprit de spéculation incitant les individus à contracter, à agir, à entreprendre, à tenter la chance, qui n'est pas à négliger, la nature elle-même de ces contrats implique la nécessité absolue de ce risque. Nous savons bien que la réalité économique est sujette à des fluctuations incessantes, à des changements journaliers, à des vibrations excessivement sensibles. Alors, si les contrats successifs et à terme suivaient pas à pas toutes ces péripéties, ils perdraient leur raison d'être et disparaîtraient toutes les fois qu'il y a un changement de prix, car on serait obligé de les adapter au nouvel état de choses, et comme cela arrive continuellement, au lieu d'avoir un contrat à longue durée, on aurait plusieurs contrats à exécution d'un seul coup et contemporaine de leur conclusion. Il est évident que ce serait procéder à la suppression indirecte de ces contrats dont l'utilité sociale est incontestable. Pour ne pas en mentionner d'autres, les contrats de baux à loyer et les contrats de travail ne peuvent avoir autre forme que celle des contrats à exécution périodique. Partant, pour la raison de leur conservation, dont la société ne peut se passer, il faut qu'ils soient rigides et qu'ils triomphent des variations plus ou moins incertaines sur le plan économique. Les particuliers, en passant un contrat de cette nature, se rendent compte que le prix de l'objet de leurs prestations, qui leur convient bien au moment où ils tombent d'accord, ne restera pas le même le jour où leurs stipulations devront être accomplies. En comptant sur la rigidité du contrat et sur le respect loyal de la parole donnée, leur contrat les met ainsi à l'abri, comme le dit M. RIPERT (1), des fluctuations du

1) RIPERT (Georges), *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, op. cit., p. 185, n° 95. — DU MÊME AUTEUR : *La règle morale...* précitée, p. 160-161, n°s 84-85.

marché économique et les en assure. Cependant, comme le rapport est bilatéral et les intérêts sont opposés, ce sera, le cas échéant, toujours un seul qui en profitera ; son partenaire se verra forcément en perte. Seulement, en contractant, on ne sait pas qui sera parmi eux le premier et qui le second ; chacun espère pour soi être le gagnant et pour l'autre être le perdant. Autrement, ils n'eussent pas fait le contrat. Mais, d'autre part, ils n'ignorent pas, bien que ce soit au second plan, que la chance peut se détourner et avoir un résultat contraire. Le fait qu'ils se sont engagés quand même, prouve qu'ils ont joué sur le hasard. De là, pas de surprise pour celui qui n'en a tiré aucun profit et que la mauvaise chance a accablé même d'une perte. Il n'a pas à s'en plaindre. C'est l'aléa normal inhérent à son contrat auquel il a pensé et qu'il a prévu. Mais, si le fait de l'engagement sert de preuve que les contractants ont pu envisager le détour de la chance escomptée et qu'ils l'ont certainement fait, ce n'est que dans le cas où la perte et le gain qui en résultent ne dépassent pas la normale : ce qu'on appelle le *risque ordinaire* du contrat. Pour le reste, c'est-à-dire pour le surplus qui sort du cadre de l'aléa ordinaire, ce qu'on appelle l'aléa ou le *risque anormal*, on ne peut pas les obliger à l'avoir prévu ni mettre à la charge de la victime le poids entier de la perte qui en résulte. Nous ne pensons pas dire par là que les contractants, s'ils avaient pu avoir dans l'idée cet aléa anormal lors du contrat, n'eussent point contracté. Nous n'en savons rien. Ce qui est certain, c'est qu'ils auraient pris des précautions spéciales contre une telle éventualité et que les conditions de leurs engagements auraient été différentes. Le défaut de ces précautions nous apprend qu'ils n'y ont pas songé et que, vu le caractère extraordinaire du bouleversement survenu, ils en sont pleinement excusés. Le contrat ne se trouve donc plus applicable dans sa forme primitive. La question de son adaptation aux nouvelles circonstances s'impose. Nous avons fait remarquer tout à l'heure que le contrat ne peut accompagner la situation sur le marché sans contredire sa nature de contrat successif et à terme. Mais cela n'est valable que par rapport à des changements normaux et quotidiens. En ce qui concerne les changements exceptionnels, ce danger n'existe pas ; ils arrivent très

rarement et à distance l'un de l'autre, laissant ainsi l'intervalle nécessaire pour l'écoulement d'une grande partie ou de presque toute la durée du contrat. En plus, étant exceptionnels, parce qu'anormaux, ils n'atteignent pas tous les contrats. Or la menace pour l'existence des contrats à exécution périodique et différée qui résulterait de la pratique de leur adaptation au cours imprévu de la vie, qui à partir de ce moment devient de nouveau normal jusqu'à la survenance suivante d'un changement semblable, n'est pas réelle.

L'aléa ordinaire et l'aléa extraordinaire. Oui. Mais où se trouve leur ligne de démarcation ? Comment peut-on la déterminer ? C'est le problème à résoudre. Il n'y a qu'un seul moyen : c'est à l'aide de la notion d'imprévision.

La tâche appartenant au juge, la meilleure directive qu'il puisse utiliser en recherchant la limite du risque normal, c'est celle que la Haute juridiction administrative a minutieusement élaborée depuis son arrêt de principe du 30 mars 1916 relatif à l'affaire du Gaz de Bordeaux (1). Le Cahier des charges de la concession d'éclairage au gaz conclu entre la ville de Bordeaux et la Compagnie Générale d'Eclairage de Bordeaux, fixait le prix de distribution du gaz aux usagers sur la base de 23 francs la tonne de charbon, ce qui était le cours moyen de cette marchandise à l'époque de la formation de la concession, et sa majoration maxima sur le coût de 28 francs la tonne, ce qui était à peu près sa suprême cotation connue dans l'histoire (en 1874, après la guerre franco-prussienne, il était arrivé à 28 fr. 40). Par suite de la hausse considérable du prix de la houille au cours de la guerre de 1914-18, il avait atteint en mars 1916 (la date du procès) 117 francs. Alors, étant donné que l'augmentation avait dépassé de beaucoup la limite tracée dans le Cahier des charges, la Compagnie demandait au Conseil d'Etat de lui accorder un relèvement de prix de 0 cent. 375 par mètre cube de gaz pour chaque franc d'excédent du prix de la tonne de charbon, rendu à pied-d'œuvre, au-dessus du cours de 28 francs. En somme, elle voulait une indemnité de 1.039.000 francs pour la période prenant fin le 30 juin et 1.700.000 de juin à décembre 1915. Le Conseil d'Etat en lui reconnaissant par son

1) S. 1916.3.17 et D. 1916.3.25, précité.

fameux arrêt le droit à indemnité pour cause d'imprévision et en renvoyant les parties, au cas où elles ne parviendraient pas à se mettre d'accord, devant le Conseil de Préfecture, pour déterminer le montant de cette indemnité — la débouta de sa prétention à l'indemnité à raison de la hausse du prix de revient du charbon dès que ce prix a dépassé 28 francs, maximum prévu à l'art. 31 du Cahier des charges. Cela parce que — selon les mots de M. le Commissaire du Gouvernement CHARDENET, — « au-delà du prix de revient, de 28 francs, il y avait un aléa, un risque, qui pouvait être dû à des événements très divers, mais qui rentraient dans les fluctuations ou oscillations d'ordre économique n'ayant pas un caractère nettement exceptionnel et qui, par suite, devait rester à la charge du concessionnaire » (1). De ce chef, le maire de Bordeaux signa, le 6 mai 1916, avec le représentant de la Compagnie, une convention portant augmentation momentanée du prix du gaz de 0,18 à 0,21 cent. par mètre cube et en accordant à la Compagnie le droit de se faire avancer par une banque une somme de 600.000 francs afin de pouvoir équilibrer sa trésorerie jusqu'à ce que le relèvement du prix du gaz (devant commencer à être appliqué à partir du 10 mai au plus tard) ait pu produire effet utile (2). Par conséquent, entre la majoration de 0,375 cent. que la Compagnie avait demandée et celle de 0,18 à 0,21 qu'on lui a reconnue, il y avait une différence de presque la moitié. Cette différence constitue donc le risque normal de la concession. — Dans une autre affaire, le Conseil d'Etat apporta à cet égard une solution plus nette encore que la précédente. Dans l'affaire de la Compagnie Générale des Automobiles Postales du 25 novembre 1921 notamment, une commission d'experts fut chargée de déterminer le montant de l'aléa ordinaire. Et elle le fixa à 10 % (du déficit total). Ce chiffre de 10 est celui de la majorité des experts. L'expert dissident le fixa à 5 % (3).

A côté du Conseil d'Etat, la législation civile spéciale relative à la théorie de l'imprévision, surtout celle qui ré-

1) Conclusions dans l'affaire du Gaz de Bordeaux.

2) Voir les détails dans SAINT-MARC, thèse précitée, p. 116.

3) Conseil d'Etat, 25 novembre 1921, S.P.J.G. 1921, Circ. 41, Annexe, doc. 67, Conclusions de M. CORNEILLE.

glements la question de la réduction de prix des fonds de commerce et de la majoration ou de la réduction de loyers baux urbains et ruraux, se préoccupe parfois de détermination du montant de cet aléa contractuel. Elle le fait tantôt directement, tantôt indirectement. Ainsi, la loi du 29 juin 1935 (modifiée par la loi du 17 juillet 1937 et elle-même modifiée par le décret du 25 août 1937) le précisait d'une façon formelle ; elle admettait au profit des acquéreurs d'un fonds de commerce d'obtenir une réduction de leurs prix de vente s'il y a, au cours de la première année qui a suivi la vente, une perte de plus de 33 % par rapport au prix consenti, perte causée par la diminution de recettes brutes de l'exploitation d'exercice. Or, le pourcentage du déficit se terminant par 33 % ne donne pas droit à réduction, ce qui prouve qu'il est censé l'aléa ordinaire. — D'autres lois et décrets, au lieu de fixer la perte à supporter, désignent le pourcentage de majoration ou de réduction que le juge doit prononcer. Bien que ce soit un procédé de biais, il ramène au même résultat, parce que entre le pourcentage alloué et la disproportion établie il y a toujours une différence laissée à la charge du demandeur, différence qui n'est autre chose que l'aléa contractuel. Ainsi, la loi du 7 juillet 1925 prescrivait que la demande de majoration ne sera admise que si le prix de loyer porté au contrat de bail est inférieur de plus d'un quart au prix arbitré comme représentant, au jour de la demande, la valeur locative équitable ; la loi du 29 juin 1929, modifiant l'art. 11 de la loi du 1^{er} avril 1926, impose aux locataires une majoration de 15 % des loyers ; le décret-loi du 16 juillet 1935 porte une réduction des loyers urbains de seulement 10 % ; de même le décret-loi du 8 août 1935 relatif aux baux à ferme... (1).

Sur quoi se base cette détermination du risque ordinaire, qu'elle soit d'ordre jurisprudentiel ou d'ordre légal ? Nous y avons déjà répondu : sur l'idée d'imprévu. De la

1) Il serait bien intéressant d'examiner la jurisprudence qui appliquait les lois récentes qui ne prévoyaient ni le montant de l'aléa normal, ni le pourcentage de la majoration ou de la réduction à l'instar de la loi Failliot du 21 janvier 1918 ou d'autres, en réservant la pleine faculté au juge de la déterminer, pour voir quels étaient son critère et son procédé. Mais comme notre étude n'envisage le problème qu'au point de vue du principe, nous ne pouvons pas nous permettre d'entrer dans des recherches aussi détaillées.

sorte, en ayant les indications que nous avons mises à sa disposition sur le sens de la notion d'imprévision (1), le juge, après avoir constaté l'inéquivalence entre les prestations en question, doit consulter tout d'abord le passé pour connaître la marche habituelle du cours de la marchandise dont il s'agit. Cette marche peut être paisible ou agitée. Que ce soit l'un ou l'autre, si elle marque une tendance constante, on doit la prendre pour normale. Mais en la suivant dans un espace de temps plus étendu, il se peut que l'on trouve certains écarts par rapport à son allure ordinaire. Si ces déviations sont telles qu'elles se répètent périodiquement, selon la saison ou selon l'événement qui influe sur elles, elles ne peuvent pas être considérées comme anormales. S'il y en a, au contraire, qui font monter ou descendre, à un moment donné, brusquement et verticalement la courbe des variations, c'est déjà un indice d'anomalie et d'exception. Après avoir rencontré un phénomène semblable, l'interprète élargira encore le champ de ses investigations. Guidé par la nature de la cause de ce résultat extraordinaire, il en cherchera une autre qui la précède pour voir si celle-là avait le même effet. En cas d'affirmative, il corrigera sa conviction antérieure et enlèvera le caractère exceptionnel au premier, tout au moins pour les périodes qui correspondent à celle entre les deux causes. En cas de négative, il gardera son opinion primitive pourvu que les effets de l'une et de l'autre cause soient tellement différents que cette différence ne puisse pas être expliquée par le fait de l'évolution se produisant sans arrêt au sein de la vie sociale. En conséquence, statuant sur le passé, l'interprète déterminera le risque normal suivant ce que les contractants ont été obligés de prévoir lors du contrat. A titre général, on pourrait dire qu'ils l'étaient tant pour les déviations régulières du cours de l'objet de l'obligation que pour le maximum de la hausse ou le minimum de la baisse de celui-ci, bien que ce maximum ou ce minimum fussent qualifiés d'aléa extraordinaire à l'époque où ils eurent lieu. Cela, parce qu'il est à supposer que les parties connaissent bien le passé et que celui-ci soit entré dans leur prévision. Toutefois, il y a là une réserve ou plutôt une précision à

1) Voir *supra*, Section C.

faire. Le risque anormal du passé n'entrera en ligne de compte du risque actuel que dans le cas où il s'agirait d'un contrat de très longue durée et où il est à craindre que le même événement qui a provoqué ce risque dans le passé puisse se faire jour dans l'avenir. Un rôle aussi important que celui de la durée est joué par l'époque où le contrat a été formé, époque calme ou troublée ou se trouvant devant des troubles plus ou moins probables. Autrement, si le contrat est à courte échéance et conclu à une époque ne laissant aucune crainte d'aggravation et de changements soudains et considérables, le risque anormal antérieur ne sera pas compté dans le risque anormal actuel. Ce ne seront donc que les déviations réputées ordinaires.

Mais, si le juge, en s'occupant de la détermination du risque normal, doit avoir, comme le dit M. VOIRIN (1), une fenêtre ouverte sur le passé, il doit en avoir une autre, ouverte sur l'avenir. L'avenir, c'est bien le sujet des prévisions raisonnables des contractants. Sur la base du passé qui fournit des expériences, des résultats acquis et qui nous enseigne, l'avenir, étant séparé du présent, c'est-à-dire de l'heure de la formation du contrat, par un certain laps de temps, est à prévoir en mesure du possible, tout en tenant compte du fait de l'évolution des phénomènes économiques, politiques, psychologiques et sociaux. S'il y avait dans le passé une certaine gradation dans les variations et le risque normal, il en est à attendre pour le futur une autre plus grande et plus accentuée encore, car les causes se multiplient et les effets deviennent de plus en plus complexes. Par conséquent, au risque normal fixé suivant les renseignements du passé, le juge doit ajouter un surcroît que la conscience de la transformation et des changements perpétuels et continus lui impose. Ainsi, le risque normal préliminaire, agrandi par ce supplément postérieur, formera le véritable aléa ordinaire du contrat que le demandeur devra voir à sa charge. Cependant, on doit se demander : jusqu'à quel point ira le juge en déterminant ce supplément ; ou s'arrêtera-t-il ? Où sera la limite finale de l'aléa ordinaire et où le commencement de l'aléa extraordinaire ? Il est bien difficile d'y répondre avec précision. Le Conseil d'Etat

1) VOIRIN, thèse précitée, p. 164.

en n'y donnant pas une réponse directe, a signalé quelques directives. Il a fait notamment la distinction entre la perte subie (*damnum emergens*) et le gain manqué (*lucrum cessans*), en décidant que le second entre nécessairement dans le cadre du risque ordinaire (1). Quant à la perte effectivement subie, une partie de celle-ci constitue le risque normal et l'autre, plus grande, le risque extraordinaire. Mais en quelle proportion exacte se trouvent ces deux portions, la Haute juridiction administrative ne l'a jamais dit. Elle a réservé le soin de cette précision à l'arbitraire du juge, aux travaux des experts, précision qui variera de l'espèce à l'espèce. Cette solution est d'ailleurs la seule possible, et est également admissible en matière de Droit civil. La part de l'aléa normal dans la perte éprouvée dépendra alors des circonstances du cas concret : de la durée et de la nature du contrat, de l'époque de sa conclusion, de la mentalité des contractants. Plus longue est la durée du contrat, plus spéculative est sa nature, plus troublée est l'époque où il est formé, plus sont avisés les contractants, plus cette part sera grande, et inversement. Si bien que l'on peut dire, à titre général, que cette part ne peut aller que jusqu'à une saute ou une chute considérable des valeurs, impossible à comparer avec n'importe quel stade de variations approuvées dans le passé, même avec celui qui n'est apparu qu'une seule fois sur le tableau graphique, comme c'était le cas au cours de la guerre de 1914-18, qui a doublé, triplé, quadruplé les prix par rapport à leur maximum antérieur.

Par cet examen poursuivi en vue de tracer la ligne de démarcation entre le risque normal et le risque anormal dans l'ensemble de la perte brute du demandeur se trouvant devant un cas d'imprévision, perte qui a altéré l'équilibre préexistant entre ce qu'il doit et ce qu'il reçoit en échange, la notion de difficulté excessive n'est déterminée que dans son aspect objectif et pour une partie seulement. Or, elle ne sera parfaite qu'après l'étude de la situation personnelle du demandeur, des moyens qu'il avait à sa disposition pour surmonter la difficulté qui l'accable, d'un côté, et de celle du défendeur, de l'autre. Partant, le résultat qui

1) Voir l'arrêt de l'affaire des Automobiles Postales, précité, où cette question fut posée et résolue pour la première fois.

en découlera démontrera deux possibilités : 1° que le demandeur ne dispose d'aucun moyen pécuniaire lui permettant de triompher de la difficulté objectivement établie et que, par conséquent, il ne peut supporter que le risque normal du contrat ; il doit être dispensé du risque anormal ; et 2° que sa situation matérielle lui permet d'exécuter même une partie de ce qui appartient au risque anormal ou peut-être le contrat tout entier. Cette seconde éventualité est en fonction de la situation personnelle du défendeur. — D'aucuns diraient que la solution ci-dessus n'est pas tout à fait juste. Du moment que l'on a constaté l'inéquivalence des prestations corrélatives et que cette inéquivalence est due à un cas imprévu, constituant un aléa extraordinaire, aléa qui est étranger au contrat, cela suffit : il en doit être exonéré. Pourquoi considérer ensuite sa situation personnelle et celle de son co-contractant, l'état de leurs fortunes et de leurs affaires ? Cela n'a aucun rapport avec leur contrat qui est, en lui-même, devenu inexécutable. De deux chose l'une : ou la théorie de l'imprévision est un précepte juridique dispensant le demandeur de sa charge imprévue ou c'est un précepte moral qui sort du domaine du droit. Si c'est une règle juridique, il l'invoque de par son droit ; sa richesse ou sa pauvreté, la bonne ou la mauvaise marche de ses autres affaires, cela le regarde seul. Surtout, la situation de son partenaire doit lui être absolument indifférente. S'il y a des raisons pour qu'il soit protégé contre un risque inattendu, il le sera. Si c'est un précepte moral, on n'a qu'à laisser les parties s'entendre à l'amiable et ne pas engager l'intervention du juge (1). Ce raisonnement pourrait paraître assez logique au point de vue du formalisme juridique. Mais il oublierait ceci : que la théorie de l'imprévision ne signifie point, comme le dirait M. ALIBERT (2), une « *in integrum restitutio* », mais une aide équitable qui permet au demandeur de vivre nonobstant le lien contractuel qui l'enchaîne. En d'autres termes, la base de la théorie est le prin-

1) Que la théorie de l'imprévision ne soit qu'un précepte moral, cela serait l'opinion du philosophe DABIN (Jean). Voir son ouvrage : *La philosophie de l'ordre juridique positif, spécialement dans les rapports de droit privé*, Paris, 1929, p. 486.

2) ALIBERT (Raphaël), *L'imprévision dans les concessions de services publics*, précité, p. 12.

cipe de l'équité ; selon ce principe, on le sait, il faut que personne ne souffre et que le moindre mal soit éloigné. Or, si l'on admettait que le demandeur soit exonéré de l'exécution d'une partie du risque anormal, bien qu'il se trouve en possibilité de le supporter, l'atteinte portée au principe de la rigidité des conventions, qui est un principe d'intérêt général, ne serait pas suffisamment justifiée. Si, d'autre part, le défendeur qui escomptait l'exécution complète de sa stipulation, se trouvait en état d'être sérieusement lésé par la protection exagérée accordée au demandeur, cela équivaldrait à un résultat tout à fait contraire à celui que la théorie de l'imprévision se proposait d'atteindre : sacrifier le défendeur à la place du demandeur !

La pratique du Conseil d'Etat est orientée, jusqu'à une certaine limite, dans cette voie. De nombreux arrêts, depuis celui de l'affaire du Gaz de Bordeaux, se prononcent en ce sens : pour pouvoir estimer l'existence de la difficulté excessive d'exécution, il faut avoir en vue tout d'abord l'ensemble du contrat de concession, c'est-à-dire, après avoir vérifié le déficit pesant sur le bilan de l'exploitation du service concédé, examiner la situation des opérations accessoires : les recettes provenant de la vente des sous-produits, des extraits, comme : le coke, le goudron, le sulfate d'ammoniaque, le benzol et autres, pour savoir s'il ne peut équilibrer le dit déficit. La possession des stocks considérables de charbon, préparés à l'avance, est aussi un élément qui pourrait entièrement couvrir le risque anormal de la concession. Ensuite, à côté du contrat en question, il faut envisager l'état d'une autre concession qu'a la Compagnie avec l'Administration : à côté de la concession de l'éclairage au gaz, il faut prendre en considération celle de l'éclairage à l'électricité. Si elle perd dans la première, elle fait, peut-être, des bénéfices dans la seconde (1). Toujours dans cette tendance, le Conseil d'Etat est allé plus loin encore. Il a trouvé ainsi dans un arrêt, en dehors et indépendamment de tous rapports contractuels entre la compagnie concessionnaire et l'Administration, le moyen pour la compagnie de parer aux difficultés excessives. Il s'agissait d'une

1) Conseil d'Etat, 27 juin 1919, Société du gaz et de l'électricité de Nice c. Ville de Nice, D.P. 1919.3.25 ; S. 1920.3.26.

compagnie de chemins de fer qui, aux termes d'une convention de 1883, devait participer aux travaux de superstructure de lignes pour une somme de 25.000 frs par kilomètre. Le remboursement par l'Etat de ces dépenses était limité par un maximum forfaitaire de 90.000 frs par kilomètre, l'excédent devant rester à la charge de la Compagnie. Or, en 1925, le coût kilométrique qui, avant 1914 n'excédait pas 65.000, atteignît pour certaines lignes 850.000 francs. Il est donc d'évidence que là on pouvait parler d'imprévision. Cependant, comme en 1921 était intervenue la création d'un fonds commun des Chemins de fer, dont le régime consistait en ce que l'équilibre financier de l'exploitation « est garanti au moyen du fonds commun », il est décidé que la Compagnie ne peut plus subir de pertes bouleversant l'économie du contrat (1). De même, un autre arrêt imposant le devoir de tenir compte « des bénéfices réalisés par le contractant dans l'exploitation d'une usine qui ne peut être regardée comme une annexe du service public concédé » (2). Comme il s'ensuit, le Conseil d'Etat, en appréciant la notion de difficulté, ne reste pas uniquement sur le terrain étroit du contrat, mais en en sortant cherche soigneusement s'il n'y a pas d'autres ressources dont dispose le demandeur et par lesquelles il pourrait compenser la perte due au cas d'imprévision advenu dans son contrat.

Ceci dit, *quid* au cas où la longue durée de la concession a fait faire au concessionnaire des bénéfices assez importants dans le passé, en lui laissant espérer qu'il les aura également dans l'avenir ? Faut-il les compenser avec la perte de la période actuelle affectée d'imprévision ? Si oui, faut-il attendre peut-être la fin de l'exploitation avant de se prononcer définitivement sur la différence exceptionnelle entre la perte totale et les bénéfices réalisés au cours de toute la concession, en donnant des avances remboursables et temporaires au concessionnaire, en période de difficulté, pour lui permettre d'assurer la continuité du service concédé ? La première question a été tranchée par un certain nombre de conseils de préfecture dans le sens qu'il faut

1) Conseil d'Etat, 28 mars 1930, R.D.P. 1930, p. 728, avec les conclusions de M. Jossé.

2) Cons. d'Etat, 23 juin 1926, Rec., p. 633.

absolument tenir compte des avantages obtenus dans le passé et de ce que peuvent être les perspectives de l'avenir, en chargeant des experts d'en déterminer les chiffres précis (1). Quant au Conseil d'Etat, son opinion n'a pas été constante (2). Dans la doctrine, elle a provoqué une vive discussion. Les uns ont dit qu'il faut faire état de l'ensemble du contrat, tenir compte des avantages passés comme des avantages à venir, parce qu'il n'est pas du tout juste que ce soit toujours le concessionnaire qui soit appelé à profiter de l'imprévision et non pas également la collectivité concédante (idée de réciprocité de l'imprévision). A l'appui de cette conception, M. JACQUEMARD cite les exemples de l'augmentation considérable des bénéfices faits par nombre de sociétés gazières et électriques. Ainsi : la Compagnie Générale d'Electricité qui n'a subi aucune perte pendant la guerre, fait un bénéfice net de 6.485.000 frs en 1919, le bilan de 1926 le porte à 15.842.000 frs ; la Compagnie de l'Electricité et du Gaz du Nord, qui avait supporté des pertes sensibles durant les hostilités, après l'imprévision qu'on lui a accordé et après la mise en vigueur de tarifs nouveaux, elle enregistrait en 1920 — 2.620.000 frs, en 1922 — 6.441.000, en 1924 — 12.402.000 d'actif ; les bénéfices de la Compagnie de l'Union Electrique passent de 3.720.000 francs en 1920 à 13.724.000 en 1926, etc... Alors, si on négligeait ces faits évidents, on arriverait à un résultat fort peu équitable et on ferait de la théorie de l'imprévision une institution partielle et nullement objective, car elle réserverait, sans aucune raison plausible, les pertes maxima au concédant, les gains maxima au concessionnaire, où ce

1) Conseil de Préfecture de la Seine, 21 novembre 1916, Société d'éclairage c. Commune d'Alfortville ; — Cons. de Préf. de l'Yonne, 14 novembre 1916 ; — Cons. de Préf. des Alpes-Maritimes, 25 novembre 1916 ; ces deux derniers arrêtés annulés par le Conseil d'Etat (arrêtés des 11 avril 1919 et 27 juin 1919, D.P. 1919.3.25 ; S. 1920.3.25).

2) Par son arrêt de Gaz de Nice et quelques arrêts suivants, il a repoussé la tendance des conseils de préfecture. Mais plus tard, il a adopté leur point de vue. Ainsi : Cons. d'Etat, 12 décembre 1919, Gaz de Melun, Rec., p. 904 ; — Cons. d'Etat, 16 janvier 1920, Gaz de Montreuil-sous-Bois, Rec., p. 39 ; — Cons. d'Etat, 16 janvier 1920, Ville de Celte, Rec., p. 10 ; — Cons. d'Etat, 11 décembre 1925, Compagnie pour l'éclairage des villes c. Ville d'Ajaccio.

dernier a les avantages de la régie intéressée sans en avoir des obligations (1). Les autres jugeaient, comme M. JÈZE par exemple, que cette opinion, bien qu'en apparence assez équitable, n'est pas fondée, parce que : les bénéfices réalisés dans le passé sont devenus quelque chose de bien lointain et il y a quelque ironie à les évoquer après tant d'années de sacrifices ; les perspectives d'avenir sont bien hypothétiques (2). — De la seconde question (les avances remboursables et temporaires), le Conseil d'Etat ne s'est jamais occupé. Pourtant, elle était l'objet d'une proposition de loi qui, adoptée par la Chambre dans sa séance du 19 juillet 1917 (3) et transmise au Sénat, n'a pas été discutée par ce dernier (4).

En ce qui concerne la matière du droit civil, nous estimons que les bénéfices passés comme ceux à venir ne doivent pas entrer en considération du juge, tout au moins au moment où il examine l'existence de la difficulté d'exécution. Les bénéfices déjà réalisés pourraient lui servir plus tard, quand il en sera à la question d'imputabilité, pour voir si le demandeur n'avait pas la possibilité de se procurer, au moyen du gain inopiné que le contrat lui apportait, les stocks nécessaires pour l'exécution des échéances futures. En dehors de cela, le juge doit fermer les yeux devant tout ce qui excède la période actuelle de la situation imprévue du contrat, devant le passé aussi bien que devant l'avenir. Devant le passé, parce que les gains déjà encaissés sont réputés normaux et ayant été compensés avec le risque de perte ordinaire. Ils sont réputés normaux, parce que le défendeur n'a point protesté, en n'invoquant pas la théorie de l'imprévision en sa faveur, contre leurs sommes exagérées et dommageables à ses intérêts. Devant l'avenir, parce que les gains futurs ne sont qu'une probabilité fort

1) JACQUEMARD, thèse précitée, p. 212. — Cf. BERTHÉLEMY, *Communes et gaziers*, Revue politique et parlementaire, 10 juillet 1917 ; — HAURIU, Note au Sirey, 1920.3.25.

2) JÈZE (Gaston), *La théorie de l'imprévision en matière de concessions de services publics et la jurisprudence du Conseil d'Etat*, Revue de droit public, 1926, p. 423. — Cf. Conclusions de M. RIBOULET sous l'arrêt de Gaz de Nice, précité.

3) *Journal Officiel* du 20 juillet 1917, Déb. Parl. Chambre, p. 1873.

4) Doc. Parl. Chambre, 1917, n° 273.

incertaine et que le défendeur aura toujours l'occasion de s'abriter derrière notre théorie si le demandeur fait des bénéfices à son détriment.

Tout en approuvant le point de vue du Conseil d'Etat, nous croyons qu'il est nécessaire de le compléter d'une double considération : 1° en examinant la situation personnelle du demandeur, spécialement celle qui ressort de son contrat, il faut tenir compte du nombre d'échéances qui lui restent à effectuer ; si c'est la dernière échéance, il pourrait, peut-être, l'exécuter plus facilement que s'il y en avait plusieurs : la dernière ne l'amenant pas à la faillite, les suivantes le feront certainement ; 2° la situation du défendeur doit également être prise en ligne de compte, ce que le Conseil d'Etat, vu le caractère spécial de l'Administration qui diffère notablement du caractère d'un particulier, avait totalement négligé.

En résumé, la difficulté excessive d'exécution pour cause d'imprévision, peut être déterminée de la façon ci-après : l'on constate tout d'abord le fait de l'*inéquivalence* entre les prestations réciproques. C'est une opération purement objective, consistant en comparaison des deux cours des valeurs économiques en question, celui du moment où le contrat est formé avec le cours actuel. En le faisant, il ne faut pas envisager seulement la valeur principale qui figure dans le contrat comme objet de l'obligation (le charbon dans les contrats de distribution de l'éclairage au gaz, la main-d'œuvre dans les contrats de travail, etc.), mais toutes les autres dépenses accessoires ; par exemple, dans une concession de service public de l'éclairage au gaz, il faut prendre en considération, en dehors du charbon : la main-d'œuvre (1), la charge d'intérêt et d'amortissement du capital social (2), l'annuité nécessaire pour permettre au concessionnaire de renouveler l'outillage (3) et les autres frais d'exploitation de toute nature. Ensuite, de la différence qui rompt l'équilibre initialement constitué, il faut soustraire la quantité qui entre en calcul du *risque normal* atta-

1) Cons. d'Etat, arrêt de l'affaire des Automobiles Postales, précité.

2) Cons. d'Etat, 30 décembre 1921, S.P.J.G. 1922, Circ. 5, Annexe, doc. 58.

3) Cons. d'Etat, 25 janvier 1925, cité par JÈZE, *op. cit.* p. 421.

ché au contrat successif et à terme, risque que l'on détermine à l'aide de la notion d'imprévision, et qui est à supporter par le demandeur. Enfin, l'on examine la *situation personnelle* du demandeur comme celle du défendeur, ayant en vue tant les circonstances que révèle le contrat que celles qui le dépassent. Ce dernier examen a pour but de démontrer si le demandeur ne pourrait garder à sa charge même une partie du risque qualifié d'anormal, afin que le contrat soit maintenu, en dépit de l'imprévision, autant qu'il est possible. Là, il y a lieu de remarquer que le résultat obtenu de cette inspection dans la situation pécuniaire des deux parties, surtout s'il est en faveur du maintien du lien contractuel, aura pour effet de confondre la notion de risque normal avec celle de sacrifice extracontractuel que l'on impose au demandeur et qu'il doit faire en vue de sauvegarder le principe du respect des engagements pris.

Ce rôle d'appréciation de la difficulté d'exécution qui incombe au juge, n'est point chose facile. Pourtant, nous estimons qu'il vaut mieux lui confier toute la liberté d'action à cet égard, plutôt à lui qu'au législateur. Quand nous disons législateur, nous ne pensons qu'à celui qui prend l'habitude de réglementer le pourcentage de la hausse ou de la baisse qui servira, uniformément pour tous les contrats visés, comme point de départ aux sanctions de la théorie de l'imprévision (résiliation, prorogation, suspension, révision), exemple fourni par plusieurs lois récentes (1). Au contraire, son intervention en vue de consacrer les directives générales que la pratique du Conseil d'Etat et la doctrine ont déjà élaborées et que nous venons d'exposer, ne serait pas indésirable. La raison de cette méfiance de la réglementation précise de la part du législateur, consiste en ce qu'il simplifie les choses qui sont, en effet, très complexes. Ainsi, la fixation de 10 ou de 15 % de la majoration ou diminution de loyers en cas de baisse ou de hausse des prix, pourrait être juste pour certain nombre de baux à loyer ou à ferme, mais non pour tous. Cette manière de voir néglige totalement les éléments de l'imprévision et du sacrifice possible à faire qui sont en pleine dépendance de la personnalité, de la situation pécuniaire des contractants

2) Voir *infra*, p. 459 et suiv.

et de l'espèce, et qui font, par conséquent, varier à l'infini l'échelle du pourcentage. Comme ces éléments sont indispensables à une saine conception de la difficulté excessive d'exécution, le juge seul est capable de donner des solutions conformes à l'idée que l'on se propose de poursuivre et de réaliser. La plupart des lois postérieures au Code, comme le Code lui-même, se sont engagées dans cette voie. Le Code civil le fait notamment dans son article 1244, où il parle du délai de grâce, en termes suivants : « Les juges peuvent... en considération de la *position* du débiteur et *compte tenu de la situation économique*, accorder pour le paiement des délais qui emprunteront leur mesure aux circonstances..., et surseoir à l'exécution des poursuites toutes choses demeurant en l'état » (2^e al., modifié par la loi du 20 août 1936 et complété par la loi du 24 mars 1936). Donc, il dit tout simplement « la position du débiteur » et « compte tenu de la situation économique », en ne précisant pas le degré de la difficulté, ce qui prouve que ce sera toujours la besogne attentive du juge du fond.

Les éléments constitutifs de théorie de l'imprévision, dont nous venons de terminer l'énumération et le commentaire, ressemblent beaucoup à ceux qui forment la théorie de la force majeure et du cas fortuit (1). C'est justement la raison qui a poussé certains auteurs à assimiler ces deux institutions l'une à l'autre et à trouver la base légale de la théorie de l'imprévision en celle de la théorie de la force majeure (2). Cependant, bien que fort semblables, ces deux institutions juridiques ne sont pas tout à fait identiques : le dernier élément énonçant leurs effets sur l'exécution du contrat, les sépare. L'effet de l'imprévision, c'est de rendre l'exécution excessivement difficile, lourde et onéreuse pour l'une ou pour l'autre des parties, alors que l'effet de la force majeure consiste dans l'impossibilité absolue de cette exécution, et cela seulement du côté du débiteur.

1) Nous avons employé la disjonction « ou » au lieu de la conjonction « et », en identifiant de la sorte la notion de force majeure avec celle de cas fortuit. Nous l'avons fait pour cette raison que ni le Code civil, ni la Doctrine, ni la Jurisprudence ne font la distinction entre ces deux cas. — Voir : MARRE, thèse précitée, p. 21 ; — RADOUANT, thèse précitée, p. 8.

2) Voir *infra*, p. 429 et suiv.

Comment est-on arrivé à concevoir que l'effet d'un cas de force majeure doit consister dans l'impossibilité absolue d'exécution ? Y a-t-il quelque disposition dans le Code civil en ce sens ? Ou est-ce une création pure et simple de la Jurisprudence ? — Si on se référait exclusivement à l'art. 1148 du Code civil, qui est une prescription de principe, on ne pourrait pas y trouver un soutien solide de cette conception. Le texte de cet article dispense le débiteur de tous dommages-intérêts au cas où il a été, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, *empêché* de donner ou de faire ce à quoi il était obligé. Le seul argument qui pourrait en être tiré, c'est le mot « empêché ». Cependant, cette expression est tellement large et indécise qu'elle permet les interprétations les plus diverses. Elle pourrait signifier une impossibilité matérielle, comme la perte fortuite de la chose due (*in specie*), aussi bien qu'une impossibilité économique, comme, en cas d'imprévision, le danger pour le débiteur de faire faillite à la suite. Donc, l'interprétation grammaticale du mot empêcher ne nous fournit aucun renseignement précis sur la question qui nous intéresse. Les autres articles appliquant le principe à des situations concrètes nous donnent plus de certitude, mais insuffisamment encore. En lisant les dispositions des art. 607, 855, 1302, 1647, 1730, 1772 et 1784, nous y voyons jouer une impossibilité absolue, un empêchement matériel d'exécution. Toutefois, l'art. 1772, précité, se différencie un peu des autres : il prévoit une impossibilité partielle de l'accomplissement total de l'obligation, impossibilité qui résulte de l'effet de la force majeure : « Si, pendant la durée du bail, la chose... n'est détruite qu'en partie, le preneur peut, suivant les circonstances, demander ou une diminution du prix, ou la résiliation même du bail ». Comme on le voit, l'exécution du contrat de bail de la part du bailleur n'est pas impossible au sens absolu du terme, mais il peut ne pas être tenu à son obligation : le bail peut être résilié à la demande du preneur. En le laissant à part, il est à souligner que cet article du Code civil présente un grand intérêt pour nous ; il consacre le principe de l'équivalence des prestations dans un contrat synallagmatique, équivalence postérieurement bouleversée par un événement inattendu.

Bien que le Code civil ne nous laisse convaincus ni dans un sens ni dans un autre, la Doctrine et la Jurisprudence

se sont mises d'accord qu'en cas de force majeure il s'agit bien d'une impossibilité absolue d'exécution. Le Code civil ne nous donne pas une réponse satisfaisante sur ce point, parce qu'en parlant du principe, il laisse la place à une interprétation très extensive de ses termes. S'il est pourtant plus précis au moment où il parle de l'application, cela ne nous rassure pas assez pour pouvoir penser qu'il s'est décidé pour l'impossibilité absolue. Pourquoi ? Parce que les applications, qui ne sont que les cas concrets, doivent être strictement interprétées, et il est peu recommandable d'en dégager une règle de principe, surtout si nous ne disposons pas d'autres appuis et d'autres arguments. Sur quoi alors, la Doctrine et la Jurisprudence se sont-elles basées pour former leur point de vue ? L'explication en est fort simple. Elles sont parties du principe posé à l'art. 1134, principe du respect des engagements pris qui ne subit aucune exception, sauf celle qu'impose un cas fortuit ou de force majeure. Or, il est logique que la conséquence de ces cas, vu le caractère individualiste du Code et des idées de la Révolution française qui l'imprègnent, soit l'impossibilité absolue d'exécution. Cette interprétation jurisprudentielle et doctrinale de l'art. 1148, à notre avis tout à fait exacte, est aujourd'hui, sinon une règle légale, au moins une règle coutumière ; il y a déjà un siècle entier depuis qu'elle est entrée en usage (1).

Fixé quant à l'effet de la force majeure et quant à celui de l'imprévision, nous ne sommes pas encore sûrs d'avoir écarté toute possibilité de confusion entre ces deux institutions en fait si différentes.

La première cause en est que la notion d'impossibilité absolue, sur laquelle tout le monde est d'accord, ne peut se concevoir avec la précision d'un postulat mathématique, dépourvu de la moindre dose de relativité qui caractérise fatalement tout ce qui est social et vivant, et qu'il est, en conséquence, très malaisé de discerner l'impossible du possible et, surtout, l'impossibilité de la difficulté. Ainsi, la difficulté de livrer une chose de genre au terme convenu

1) Une des premières applications de cette conception de la part de la Cour de Cassation est celle du 9 janvier 1856, D. P. 1856.1.33.

parce qu'on ne peut pas se la procurer dans un certain pays ou dans toute l'Europe, bien qu'elle puisse être trouvée, par exemple, en Australie ou dans un autre continent lointain, sera souvent qualifiée comme impossibilité (en raison d'inexistence de moyens de transport dont le débiteur n'a jamais disposé, par exemple). Ou bien : une affection dentaire empêchant un auteur dramatique de remettre au terme convenu le manuscrit d'une pièce au directeur du théâtre qui doit la faire jouer, affection invoquée par l'auteur comme impossibilité où il s'est trouvé de ce fait de se livrer à tout travail intellectuel pendant trois semaines, est vraiment une impossibilité, quoiqu'elle ne soit abstraitement qu'une difficulté (1). Au point de vue historique et géographique, la même relativité de l'impossibilité se rencontre, et l'on ne peut pas dire *a priori*, pour que ce soit valable pour toutes les époques et pour toutes les nations, ce qui est impossible et ce qui ne l'est pas. De la sorte, l'impossibilité au temps des diligences n'existe plus au temps des chemins de fer, du télégraphe, du béliogramme, de l'avion ; ou celle qui existe en Afrique, n'existe pas en Europe, etc. (2).

D'autre part, la question se pose de savoir si l'impossibilité d'exécution doit avoir un caractère objectif, c'est-à-dire si un cas de force majeure doit avoir le même effet sur tous les débiteurs placés dans une situation analogue, dans les mêmes circonstances, au même moment, dans la même sphère économique et le même milieu, ayant la même prestation pour objet, ou s'il suffit que cet effet se soit produit seulement vis-à-vis d'un débiteur déterminé, c'est-à-dire que l'impossibilité d'exécution ait un aspect personnel. Le critère objectif a été proposé par M. RADOUANT ; selon son opinion, le cas d'un débiteur invoquant l'impossibilité d'exécution tomberait dans l'impossibilité relative et par là il serait du coup hors du domaine du cas fortuit et de la force majeure, si les autres débiteurs à sa place pouvaient s'exécuter (3). Nous trouvons cette opinion inadmissible pour cette simple raison que l'on ne peut pas mettre

1) Voir les arrêts cités par RADOUANT, thèse précitée, p. 23.

2) Voir : MARRÉ, thèse précitée, p. 22 et suiv.

3) RADOUANT, thèse précitée, p. 47.

sur le même plan un petit commerçant qui se plaint de ne pouvoir se procurer un produit exotique, parce qu'on ne peut pas le trouver en Europe, et une grande compagnie qui dispose des voies aériennes et qui a des rapports commerciaux avec des pays produisant cette marchandise. A notre sens, le critère proposé par A. COLIN et H. CAPITANT est bien plus plausible ; ils disent que souvent, hors de l'impossibilité absolue, il faut tenir compte de l'impossibilité relative, c'est-à-dire considérer le débiteur concret, soit en lui-même, soit comme un *bonus pater familias* ordinaire, dont l'action est entravée par cette impossibilité, si bien qu'une volonté mieux armée, mieux outillée, aurait pu triompher, état que les Allemands appellent impuissance du débiteur, *Unvermægen* (art. 275, 2^e al. du Code civil allemand) (1).

Alors, on voit bien, par cette analyse de la notion d'impossibilité, qu'elle est fréquemment assimilée à celle de difficulté. Etant donné que l'effet de la théorie de l'imprévision est la difficulté excessive et celui de la force majeure l'impossibilité d'exécution, on dirait que dans le fond il n'y a aucune différence entre les effets de ces deux institutions, et comme les autres éléments constitutifs sont identiques, les institutions elles-mêmes sont, en conséquence, tout à fait analogues. — Cependant, à la réflexion, il n'en est pas ainsi. Les effets des deux théories ne s'identifient pas. La difficulté de la théorie de la force majeure empêche le débiteur d'accomplir son obligation. C'est un état de quasi-impossibilité où il se trouve. Pour la surmonter, il faudrait qu'il fasse des efforts ultimes en vue de s'exécuter. Et encore ? La difficulté de la théorie de l'imprévision est moins grave. Le débiteur pourrait en triompher en faisant un effort moins pénible. Et toujours cet effort serait d'*ordre économique*, alors que dans le cas de force majeure il serait souvent d'*ordre physique* (exemple cité de l'auteur dramatique). La différence est donc plutôt dans le degré que dans la qualité.

Mais il y a une différence de plus qui est en faveur de la théorie de l'imprévision en face de la théorie de la force majeure. La difficulté de la force majeure rend la situation

1) COLIN et CAPITANT, *op. cit.*, t. II, p. 9 et suiv.

du débiteur bien pénible et s'il était forcé de s'exécuter, il encourrait des pertes considérables. Mais, de l'autre côté, son créancier n'en tirerait aucun profit, il verrait tout simplement sa stipulation exécutée. La difficulté de l'imprévision, en rendant la situation du débiteur onéreuse, rend celle du créancier très avantageuse. Et si le débiteur était tenu de s'exécuter d'après la lettre du contrat, le créancier en tirerait un gain énorme. Par conséquent, la différence des deux difficultés s'attache à la différence des situations du créancier dans les deux cas. Dans le premier, le créancier perd ainsi que son débiteur, dans le second, ni l'un ni l'autre ne perdent rien.

En fin de compte, il convient de remarquer que tous les éléments qui constituent la théorie de l'imprévision sont soumis à l'appréciation du juge. Il est presque impossible de dire d'avance pour n'importe lequel de ces éléments, s'il s'agit ou s'il ne s'agit pas de lui, impossible avant que le juge n'ait procédé à un examen soigneux. Il y a là, dirait-on, un certain danger d'*arbitraire*, car c'est le juge seul qui décide s'il y a ou non imprévision, non-imputabilité ou difficulté d'exécution. Mais, bien qu'il en soit ainsi, on ne peut pas faire autrement. Le législateur aussi expérimenté qu'il soit ne peut jamais prévoir jusqu'au moindre détail quand il y a imprévision ou autres éléments. Il ne peut que donner des directives générales, mais leur concrétisation dépasse les possibilités de sa technique. Cela lui est matériellement impossible, à moins qu'il ne légifère casuistiquement, d'un cas à un autre, en prenant sur lui le rôle du juge.

Si le danger d'*arbitraire* existe vraiment dans le domaine de l'imprévision, il n'est certainement pas plus grave que celui où dans les autres domaines le Code reconnaît au juge la pleine liberté d'appréciation. Nous avons souligné d'ailleurs l'existence de cette faculté au bout de chaque section terminant l'exposé d'un des éléments constitutifs de l'imprévision (1). Et c'est là la meilleure réponse aux au-

1) Outre les exemples concernant le pouvoir d'appréciation confié au juge, dont nous avons fait mention dans le texte, il convient de rappeler les suivants afin d'en compléter la liste :

a) La notion de bonnes mœurs n'est définie nulle part dans

teurs qui invoquent, parmi d'autres arguments contre l'admission de notre théorie — celui de son caractère imprécis et arbitraire (1).

*
**

TITRE II.

Section A

CHARGE DE LA PREUVE

Les conditions d'application de la théorie de l'imprévision réunies, si les parties intéressées ne parviennent pas à se mettre d'accord à l'amiable sur la solution à adopter, elles doivent, à la requête du demandeur, victime de l'imprévision, comparaître devant la justice. A qui incombe alors la charge de la preuve ?

L'administration de la preuve en matière de théorie de l'imprévision doit être aménagée conformément aux prin-

le Code civil. Le juge doit donc examiner tout l'ensemble d'idées morales et de croyances de son époque pour savoir si elles sont violées ou non par un acte juridique. Et il ne s'agit pas là d'adapter un contrat aux circonstances, mais d'en prononcer la nullité, ce qui est bien plus grave (art. 6 et 1133 du Code civil).

b) En matière de vices rédhibitoires, il y a lieu à rescision du contrat lorsque l'acheteur, à l'avis de l'arbitre, n'aurait pas acheté la chose vendue, s'il en avait connu les vices cachés (art. 1641 C. c.). L'action résultant des vices rédhibitoires doit être intentée par l'acquéreur dans un bref délai. Si elle est intentée à temps ou trop tard, c'est au juge de l'apprécier (art. 1648 C. c.).

c) L'art. 1780 du Code civil (complété par l'art. 23, liv. I, du Code de travail) prévoit qu'au cas où la durée du contrat de louage de services n'est pas déterminée, celui-ci peut cesser par la volonté d'une seule des parties contractantes. Cette résiliation peut donner lieu à des dommages-intérêts en cas d'abus. Le tribunal, pour apprécier s'il y a abus, pourra faire une enquête sur les circonstances de la rupture...

Etc.

1) Voir : LAURENT, *Principes de Droit civil*, t. XVI, p. 335, n° 272 ; — DABIN (Jean), *La philosophie de l'ordre juridique positif, spécialement dans les rapports de droit privé*, Paris, 1929, p. 480-481 ; — POPESCU (Corneliu-Mihail), *Essai d'une théorie de l'imprévision en Droit français et comparé*, thèse, Paris, 1937, p. 217-220.

cipes du droit commun, comme dans toute autre matière, à savoir que celui qui allègue l'existence d'un fait anormal ou d'une situation irrégulière doit le démontrer. L'art. 1315 du Code civil dispose, à titre général, ceci : « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit le prouver. — Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation ». *Onus probandi incumbit actori*. Dès lors, lorsqu'il s'agit d'un cas d'imprévision, la validité du contrat en cause n'ayant pas été contestée, il est normal qu'il soit, en vertu de l'art. 1134 du Code civil, exécuté à la lettre. Si maintenant l'une des parties contractantes prétend que, vu la survenance d'une situation imprévisible, elle doit en être dispensée, c'est une irrégularité, contraire à l'état normal des choses. De là, c'est à la partie demanderesse d'établir l'existence de cette irrégularité, c'est-à-dire de prouver qu'elle vient d'être frappée d'un cas d'imprévision, en démontrant l'existence de tous les éléments constitutifs de celui-ci au moment où elle devrait s'exécuter. — Si c'est à la requête du bénéficiaire que le tribunal est saisi de l'espèce, ce qui arrive après refus de la part de la victime de l'imprévision de s'exécuter, le demandeur ne doit, dans ce cas, que prouver l'existence du contrat. Si la victime veut faire valoir son droit à être dispensée des charges anormales dérivant de la lettre du contrat pour cause d'imprévision, elle doit invoquer la théorie de l'imprévision à titre d'exception, en reprenant l'administration de la preuve. *Reus exceptione fit actor*.

Le défendeur est, comme de coutume, favorisé dans ce duel probatoire. Il peut nier tous les faits allégués par le demandeur, sans avoir besoin de fournir aucune preuve à l'appui de sa dénégation. *Negantis naturali ratione nulla est probatio. Et incumbit probatio qui dicit, non qui negat*. Le demandeur, par contre, en rétractant les répliques de son adversaire, doit se baser à nouveau sur les faits : les simples affirmations ne peuvent point lui profiter.

Dans cette procédure d'administration de la preuve, le juge, comme nous l'avons déjà vu, a un large pouvoir d'appréciation. Il doit vérifier si le cas dont se prévaut le demandeur est vraiment de nature à entraîner les conséquences juridiques de la théorie de l'imprévision, car il s'agit là d'une question de droit et non pas d'une question de fait,

et sa décision est, en conséquence, soumise au contrôle de la Cour de cassation. Cependant, comme il peut souvent s'agir de questions très spéciales et très délicates, le juge pourrait se trouver en face des difficultés énormes. Il est tout naturel qu'il puisse ne pas connaître tous les problèmes économiques, financiers, scientifiques, que soulève un cas d'imprévision, car il n'est pas un encyclopédiste. Toutefois, ces difficultés ne sont pas insurmontables et de nature à rendre la tâche du juge impraticable en la matière. La procédure civile lui offre bien des moyens de s'en sortir : expertises, descente sur lieux, livres des commerçants, témoins, présomptions tirées de certains indices matériels ou d'événements déterminés, etc.

De toute façon, la preuve de la théorie de l'imprévision est loin d'être impossible, comme veut l'insinuer une partie de la doctrine (1). Elle n'est pas plus difficile qu'en beaucoup d'autres matières (par exemple, dans celles de la force majeure, de l'abus des droits, de la responsabilité des accidents du travail).

Section B

SANCTIONS DE LA THÉORIE DE L'IMPRÉVISION

A toute solution dont le juge pourrait sanctionner la théorie de l'imprévision est préférable et préférée celle qu'en donneraient les parties elles-mêmes, au moyen d'une conciliation à l'amiable et par l'intermédiaire du juge ou du président du tribunal. Elle est la meilleure, parce que les parties savent mieux que personne de quelle façon il est le plus avantageux de mettre en accord leurs intérêts communs, momentanément rendus opposés par le fait de l'imprévision. C'est pour cela que le premier arrêt du Conseil d'Etat admettant l'intervention de la théorie de l'imprévision laissa à la compagnie gazière et à la commune le soin de s'entendre sur les détails de la décision de principe (2).

1) Voir : RIPERT (Georges), *Le droit de ne pas payer ses dettes*, Dalloz Hebdomadaire, Chronique, 1936, p. 58 ; — DU MÊME AUTEUR : *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris, 1936, p. 279-280, n° 142. — Dans le même sens : ARANDJELOVITCH (Drag.), *Clausula rebus sic stantibus et difficulté d'exécution* (en serbo-croate), Recueil des articles, Belgrade, 1926, p. 57, note 1re.

2) Voir : Cons. d'Etat, 30 mars 1916, S. 1916.3.17 ; D. 1916.3.25.

C'est pour la même raison que la première loi spéciale adoptant la théorie de l'imprévision en matière de contrats civils prescrit la conciliation obligatoire devant le président du tribunal, avant toute autre solution (1). C'est toujours pour la même raison que les lois postérieures à celle-là firent de même (2).

Alors, ce n'est qu'après une tentative de conciliation infructueuse que le juge doit prononcer une des sanctions disponibles de la théorie de l'imprévision, en tout cas celle qui correspond le mieux aux intérêts des parties litigieuses. Il a le choix entre : la résolution ou la résiliation, la suspension, la prorogation, l'exécution anticipée et la révision du contrat.

§ 1^{er} : Résolution et résiliation

La sanction la plus radicale, la plus grave et la moins souple est sans doute celle de résolution ou de résiliation du contrat, parce qu'elle efface, pour ainsi dire, les effets de celui-ci, en les faisant disparaître. Résolution ou résiliation ! Quelle en est la différence ?

La résolution produit un effet rétroactif : elle anéantit le contrat dès le début, *ex tunc*. Quand elle est prononcée, le contrat ne laisse plus aucune trace ni dans le passé ni dans l'avenir ; il disparaît comme s'il n'avait jamais existé. La résolution n'est pas possible dans tous les contrats à terme et les contrats à exécution successive avant qu'aucune prestation échelonnée n'ait été exécutée. Par conséquent, elle est exclue de ces derniers, lorsqu'une ou plusieurs prestations successives ont déjà eu lieu, car on ne peut pas effacer ce qui s'est produit.

La résiliation n'a pas d'effet rétroactif ; elle n'anéantit le contrat que pour l'avenir, *ex nunc*, et laisse subsister ses effets qui se sont produits dans le passé : le cas des contrats successifs lorsqu'ils ont commencé à être exécutés.

1) La loi Failliot du 21 janvier 1918, art. 3.

2) Par exemple : la loi du 6 juillet 1925, art. 4 ; — La loi du 9 juin 1927, art. 8, al. 3 ; — La loi du 8 avril 1933, art. 2 ; — etc.

De même, l'art. 19 du Pacte de la S.D.N. en Droit international public, ainsi que la loi monétaire du 19 octobre 1936 autorisant le Gouvernement à organiser la procédure de conciliation et d'arbitrage, en matière de travail.

Cette sanction ne devrait être prononcée que lorsque le contrat a manqué son but ou a perdu un de ses éléments essentiels. Par exemple, à l'occasion d'une cérémonie de couronnement du roi, les particuliers avaient loué les fenêtres donnant sur les rues désignées dans le programme officiel pour le passage du cortège. La date de la fête est fixée. Les emplacements sont loués pour le jour de fête et non pour plus longtemps. Cependant, le roi tombe subitement malade, et la cérémonie est remise à une date ultérieure. Que deviennent les contrats de louage de fenêtres par suite de cet événement imprévu ? Il est évident qu'ils avaient été passés en vue du cortège et non pour un autre usage quelconque. Alors, comme ils n'ont pas réalisé leur but essentiel, ils doivent être résolus, aucune autre solution ne pouvant intervenir : une revision serait au même que l'exécution littérale du contrat, parce qu'il n'y a plus de raison pour que le contrat soit maintenu. Une suspension des effets du contrat jusqu'à nouvelle date de la cérémonie ajournée, ne serait pas convenable non plus, parce que cette date n'est ni certaine ni probable (1). — La situation est la même lorsqu'un contrat vient de perdre définitivement ou pour longtemps un de ses éléments essentiels. Ainsi, dans un contrat de louage de services, le travail et la rémunération sont des éléments sans lesquels ce contrat ne peut exister. Sans travail pas de rémunération et sans rémunération pas de travail. Supposons maintenant qu'une maison de couture de luxe ait employé avant la guerre un certain nombre de couturières et de coupeuses, nécessaire pour satisfaire les besoins d'une clientèle de la haute bourgeoisie qu'avait eue la maison en question. Survient la guerre. La clientèle se disperse. La maison n'est plus en état de fournir le même travail à ses ouvrières, en sorte qu'elle n'a plus besoin du même nombre de celles-ci : elle doit en congédier quelques-unes, car si elle continuait à leur donner les mêmes appointements et si elle les gardait toutes, malgré la diminution notable du chiffre d'affaires, elle risquerait d'être ruinée en peu de temps. La question de renvoi et de résiliation du contrat de beaucoup d'em-

1) Les cas de couronnement en Droit anglais (*coronation cases*). — Voir : *infra*, p. 383.

ployées de la maison est donc imminente. Ne serait-il pas mieux de réduire les appointements proportionnellement au travail à effectuer que de renvoyer les ouvrières et de les laisser sans emploi ? — pourrait-on remarquer. Oui, mais comme le travail a tellement diminué, la réduction serait si sensible, que les ouvrières n'auraient aucun intérêt à continuer leur travail dans de telles conditions. La suspension du contrat n'était pas possible non plus, parce qu'on ne connaissait pas à l'avance la fin de la guerre (1). — Prenons encore un exemple. Un fonctionnaire, qui touche un traitement déterminé, avait loué un appartement qui correspondait à sa situation ; son bail expirait à la date de sa mise en retraite. Cependant, le Gouvernement vient changer la limite d'âge des fonctionnaires, et notre locataire est mis en retraite avant qu'il n'espérait. Son traitement est réduit et il ne peut plus payer son loyer sans difficulté. Son bail doit être résilié (2).

Dans tous les autres cas, où le contrat peut survivre au fait imprévu, il faut le maintenir, en l'accommodant aux nouvelles circonstances. C'est pourquoi le législateur d'avant-guerre, quand il n'ordonne pas la revision du contrat, s'abstient souvent de le résilier avant que les parties n'aient essayé de le modifier suivant les directives qu'il leur donne à ce sujet. Ainsi, la loi du 8 avril 1933 sur les baux à ferme autoriser les fermiers à demander une réduction du fermage à leurs propriétaires (art. 1^{er}). Le taux de la réduction sera fixé par l'accord amiable des parties ou, à défaut, par les experts (art. 4). Si le nouveau prix n'est pas accepté, le président du tribunal prononcera la résiliation du bail (art. 3).

La rupture du contrat pour cause d'imprévision est prononcée sans ou avec dommages et intérêts. Dans quels cas sera-t-elle prononcée sans et dans quels autres avec dommages et intérêts ? En dehors du cas où le défendeur a fait des dépenses supplémentaires à la proposition du demandeur, dépenses qu'il n'a pu amortir jusqu'au moment

1) Voir : Cass. civ., 4 août 1915, D. P. 1916.1.22 ; — S. 1916.1.7

2) Voir : La loi du 8 août 1936, art. 7.

de la résiliation (1), cela dépendra des circonstances (2). A titre général, on peut dire que le demandeur doit toujours supporter les charges résultant du risque normal à courir qu'impose la nature du contrat successif et à terme. En outre, il faut tenir compte des situations personnelles des contractants, et répartir sur une base d'équité les conséquences onéreuses de l'imprévision, car elles sont onéreuses pour toutes les deux parties en rapport. Pour le demandeur, elles sont écrasantes, si on l'oblige à s'exécuter malgré elles. Pour le défendeur le fait de la rupture du contrat est certainement bien moins préjudiciable, mais le préjudice existe quand même. Mais de toute façon, si le juge, en résiliant le contrat, alloue une indemnité au défendeur, celle-ci ne devrait pas être équivalente à la totalité du préjudice occasionné par le seul fait de la résiliation ; elle doit lui être bien inférieure. Autrement, la théorie de l'imprévision n'aurait aucune utilité pratique, car le même résultat pourrait être obtenu sans elle, par le Code civil qui consacre, lui aussi, la résolution du contrat, mais pour des causes d'ordres tout différents. C'est d'ailleurs ce qui différencie la résiliation du contrat pour cause d'imprévision de la résiliation pour cause d'inexécution fautive, autorisée par l'art. 1184 du Code civil. Lorsqu'il y a inexécution fautive et que le contrat doit être résolu, les dommages-intérêts doivent *toujours* être alloués à la partie qui n'est point satisfaite, et leur taux doit être équivalent au préjudice subi, c'est-à-dire à la perte réelle et au manque à gagner (art. 1149 C. civ.) (3).

D'autre part, lorsque la résiliation n'est pas accompagnée d'une allocation d'indemnité, il faut se garder cette fois de la confondre avec la résiliation qui met fin à un contrat dont l'exécution est rendue *impossible* en suite d'un cas fortuit ou de force majeure (art. 1147 et 1148 du Code civil).

La rupture du contrat pour cause d'imprévision est donc tout à fait originale et ne ressemble à aucune autre

1) Voir : La loi du 9 mars 1918; art. 3, al. 5.

2) Dans ce sens : La loi Failliot, art. 2, al. 2.

3) Pour éviter cette confusion, le législateur a abandonné dans les lois postérieures à la loi Failliot, l'expression de *dommages-intérêts* qui rappelait trop l'institution de l'art. 1184 du Code civil, en la remplaçant par celle d'*indemnité*. — Voir : La loi du 9 mars 1918 sur les baux à loyer ; — La loi du 17 mai 1919 sur les contrats d'acquisition d'immeubles. Etc.

jusqu'à présent connue. La loi Failliot du 21 janvier 1918, en la consacrant, n'a pas dissimulé son caractère nouveau. Au contraire, elle l'a même souligné. Son article 2 débute notamment par cette précision : les marchés et les contrats visés dans l'article précédent peuvent être résolus en vertu de la loi nouvelle « indépendamment des causes de résolution résultant du droit commun ou des conventions ».

En terminant, il convient de remarquer que les dommages et intérêts ne peuvent en aucun cas être alloués au défendeur lorsque le contrat avait une durée indéterminée. Ce sont, en général, les contrats de louage de services, qui, de droit commun, peuvent être résiliés par la volonté d'une seule des parties en cause (art. 1780, al. 2, du Code civil). Ce droit à résiliation n'est soumis qu'à une condition unique : qu'il n'y ait pas d'abus (art. 23, al. 5, liv. 1, du Code de travail, complétant l'art. 1780 C. civ.). Or, comme c'est un cas d'imprévision, tout abus possible en est exclu. En conséquence, puisqu'il s'agit là d'une extinction normale du contrat, l'allocation d'une indemnité serait inexplicable.

§ 2 : *Suspension*

Lorsqu'il s'agit de contrats dont l'échéance peut être retardée sans qu'ils perdent par là tout intérêt à être exécutés plus tard et que les circonstances imprévisibles ont tendance à disparaître dans un avenir prochain ou la situation personnelle du débiteur issue des effets de l'imprévision à s'améliorer, on peut accorder à ce dernier des termes nouveaux pour s'exécuter, en suspendant les anciens. Par là, on ne met pas fin au lien contractuel, comme par la résolution, et l'on ne touche pas à la valeur des prestations primitivement fixée, comme par la révision ; au contraire, on conserve tous les effets du contrat, en reculant tout simplement la date de leur déclenchement (art. 1185 du Code civil). Au lieu que le contrat tout entier, s'il est à terme, ou une prestation périodique, si ce contrat est à exécution successive, expirent au moment de l'intervention de la théorie de l'imprévision, ce sera pour plus tard. Dès lors, la validité du contrat, avec toutes les stipulations qui y figurent et qu'on laisse intactes, est prolongée jusqu'à la date de la

nouvelle échéance, sans que, toutefois, le contrat puisse produire, entre le moment de son expiration primitive et celui de l'expiration nouvelle, aucun de ses effets principaux. En d'autres termes, le contrat se trouve désormais exactement dans la même situation qu'auparavant, c'est-à-dire qu'avant l'arrivée du terme convenu, comme si le terme nouveau était fixé par les parties elles-mêmes et non par une autorité qui leur est supérieure et qui vient du dehors. En principe, la partie au détriment de laquelle la suspension du terme a été prononcée, n'a pas le droit d'exiger l'exécution du contrat avant l'expiration du terme nouvellement fixé, sauf le cas où le bénéficiaire serait tombé en faillite ou en état de déconfiture ou lorsque, par son fait, il a diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier (art. 1188 du Code civil). Par contre, le créancier n'est pas tenu d'accomplir ses propres engagements vis-à-vis de son débiteur, bénéficiaire du terme nouveau, avant l'échéance de ce terme. A la requête du débiteur, demandant l'exécution à son créancier, ce dernier pourrait lui opposer l'exception *non adimpleti contractus*. Par exemple, si dans un marché à livrer, le livreur, bénéficiant d'un nouveau terme, n'effectue pas la livraison échue, le créancier de la commande ne lui doit le prix concernant cette livraison qu'à l'échéance du terme nouveau. Si, toutefois, le prix a été payé d'avance, le bénéficiaire du terme est tenu des intérêts moratoires sur la somme versée (ce qui est le cas ordinaire dans les contrats de prêt de consommation). Néanmoins, dans certains contrats, où l'obligation du créancier, à la différence de celle du débiteur, est de caractère continu, celui-là est obligé de ne pas interrompre l'exécution de son obligation. Par exemple, si dans un bail à loyer, le locataire bénéficie d'un terme nouveau pour s'acquitter de son loyer (son obligation est échelonnée), le bailleur doit continuer à le garder dans les lieux loués (son obligation est continue). Si bien que le bailleur est tenu, malgré la suspension du paiement de loyers, de ne pas expulser son locataire, que deviennent ses obligations accessoires : l'entretien de l'immeuble, le chauffage central, etc. ? Cette question s'est posée pendant la guerre de 1914-18, et la jurisprudence a été fort embarrassée. Le Tribunal de la Seine, saisi de la question, déclara que la suspension des termes, sans supprimer

le lien contractuel (il maintenait à la charge du propriétaire l'obligation principale concernant la jouissance des lieux), devait, par une conséquence d'équité, avoir certains effets au profit de l'autre partie, c'est-à-dire que le locataire qui ne paie pas ses loyers, abuserait de son droit, en voulant être traité exactement comme le locataire qui fait face à toutes ses obligations. Par conséquent, le Tribunal a estimé qu'il appartient au juge de tempérer, dans une certaine mesure, la rigueur d'exécution des obligations incombant au propriétaire (1).

Par suite, la suspension des termes n'empêche pas que l'obligation du bénéficiaire soit considérée comme échue. D'où les conséquences juridiques suivantes : le bénéficiaire de la suspension des termes convenus qui aura un délai pour s'acquitter, ne pourra pas répéter ce qu'il a payé, en disant qu'il a payé avant l'échéance. Déjà le bénéficiaire d'un terme contractuel ne pourrait pas le faire, en vertu de l'art. 1186 du Code civil. A plus forte raison en est-il ainsi du bénéficiaire d'un terme suspendu et retardé. Aussi celui-ci ne peut-il pas s'opposer à l'accomplissement de la compensation légale (art. 1292 du Code civil). Pour le bénéficiaire d'un terme contractuel, on comprend bien l'exclusion de la compensation légale. Celle-ci ne se produit que lorsque deux dettes réciproques sont fongibles, liquides et exigibles. Or, une dette à terme, n'est pas une dette exigible. La différence pour le bénéficiaire d'un terme suspendu est tout à fait normale. Le débiteur, pour obtenir un délai nouveau, prétend qu'il est gêné, qu'il n'a pas d'argent liquide, mais s'il a acquis vis-à-vis de son créancier une créance liquide et exigible, la raison d'être du délai nouveau disparaît. Les motifs qui s'opposent à la poursuite contre lui, ne s'opposent pas à la compensation légale, qui est un mode de paiement abrégé et commode contribuant à l'allègement de la dette et s'imposant, par conséquent, au débiteur (2). — Quant à la mise en demeure qui aura été signifiée précédemment par le créancier au débiteur, bénéficiaire du nouveau terme, elle va rester acquise, car si la suspension améliore la situation

1) Voir : Trib. civ. Seine, 30 novembre 1915, D. P. 1917.2.6.

2) En ce sens : Cass. civ., 18 décembre 1906, D. 1911.1.497.

du débiteur, elle ne peut pas empirer à tous points de vue la condition du créancier (1). Il s'ensuit que le débiteur sera *in mora* dès le moment de l'expiration du nouveau terme, sans que le créancier ait besoin de faire une nouvelle mise en demeure. De même si le créancier avait entrepris des poursuites contre le débiteur, bien que l'octroi du nouveau terme les ait suspendues, elles gardent leur utilité en ce qui concerne l'interruption de la prescription. D'après l'art. 2257 du Code civil, la prescription ne pourra continuer à courir qu'à partir du jour où le délai aura expiré. — Enfin, en vertu de l'art. 125 du Code de procédure civile, les actions conservatoires seront valables nonobstant la suspension du terme. Il en résulte que le créancier muni d'un titre exécutoire et à qui un délai a été imposé, pourra cependant prendre une inscription d'hypothèque judiciaire pour sauvegarder ses droits. De même, il pourra, s'il craint la fraude du débiteur, engager l'action paulienne et même l'action oblique de l'art. 1166 du Code civil, pour faire rentrer certains droits dans le patrimoine du débiteur.

L'octroi de nouveaux termes d'exécution pour cause d'imprévision peut être accordé soit par le législateur, soit par le juge. Dans le premier cas, il s'agit du régime des *moratoires* de dettes ; dans le second, de l'institution des *termes de grâce*.

Le moratoire est une institution très ancienne ; on la rencontre dans tous les cas de crise. En France elle a été utilisée, au 19^e siècle, d'abord après la crise économique résultant de la révolution de 1848 ; ensuite pendant la guerre de 1870, au profit des locataires du département de la Seine. Les lois des 27 janvier et 24 décembre 1910 ont conféré au Gouvernement le pouvoir de proroger les délais des prêts en cas de mobilisation, de fléau, de calamité publique ou d'interruption des services publics. Ces lois, ayant un caractère permanent, ont eu comme occasion le tremblement de terre de la Provence. Au début de la guerre de 1914-18, la loi du 5 août 1914 ouvrit un nouveau régime du moratoire, en autorisant le Gouvernement à proroger les échéances et à prendre toutes les mesures pour faciliter l'exécution et suspendre les effets des obligations civiles et commerciales, ré-

1) Voir : Cass. civ., 3 janvier 1927, D. H. 1927, 33.

gime qui ne cessa qu'à la fin de l'année 1920 (1). La particularité de la suspension des termes contractuels et de l'octroi des délais de faveur par voie de moratoires consiste en ce que c'est une mesure collective, englobant toute une catégorie de débiteurs, présumés, en raison de la situation économique et sociale du pays, incapables de se libérer de manière ponctuelle, et que ses effets se déclenchent de *plein droit*, sans intermédiaire du pouvoir judiciaire.

Le délai de grâce est une mesure prise par le juge en vertu de son pouvoir discrétionnaire que lui confère le législateur. Cette institution est plus ancienne encore que celle des moratoires du 19^e siècle, car elle remonte à l'époque de la promulgation du Code civil français. Celui-ci la consacre, à titre de règle générale, dans ses articles 1184 et 1244. Cependant, ni l'un ni l'autre de ces articles, en en parlant, n'ont en vue la suspension comme sanction de la théorie de l'imprévision, phénomène économique, mais celle qui est dictée par le sentiment de l'humanité vis-à-vis d'un débiteur qui ne peut pas s'exécuter sans difficulté pour une raison qui lui est personnelle et n'ayant pas de rapport avec la situation générale du pays. L'art. 1184, prévoyant la résolution pour cause d'inexécution fautive du contrat, dit dans son alinéa 3 : « La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances ». L'art. 1244, posant dans son alinéa 1^{er} le principe de l'indivisibilité et de l'intégralité du paiement « d'une dette, même divisible », dispose dans son alinéa 2 : « Les juges peuvent, néanmoins, en considération de la position du débiteur, et usant de ce pouvoir avec une grande réserve, accorder des délais modérés pour le paiement, et surseoir à l'exécution des poursuites, toutes choses demeurant en état ». Ce n'est donc qu'à partir de 1936 que la suspension des termes contractuels (ou de droit) et l'octroi des délais de grâce ont obtenu pour cause la théorie de l'imprévision, par les lois qui sont venues modifier l'alinéa 2 de l'art. 1244. Ainsi, aux termes de la

1) Par la loi du 27 décembre 1920. Tous les moratoires qui sont intervenus en vertu de la loi de 1914, sont énumérés au Dalloz, 1918.4:50, n° 4. — A partir de 1930, la pratique des moratoires a été reprise. Voir, par exemple, la loi du 12 juillet 1933; la loi du 21 août 1936. Etc.

loi du 20 août 1936 : « Les juges peuvent, néanmoins, en considération de la position du débiteur et compte tenu de la situation économique, accorder pour le paiement des délais qui emprunteront leur mesure aux circonstances, sans toutefois dépasser un an, et surseoir à l'exécution des poursuites, toutes choses demeurant en l'état ». La loi du 25 mars 1936 poursuit : « En cas d'urgence, la faculté appartient, en tout état de cause au juge des référés. — S'il est sursis à l'exécution des poursuites, les délais fixés par le Code de procédure civile pour la validité des procédures d'exécution seront suspendus jusqu'à l'expiration du délai accordé par le juge » (1).

A titre de règle générale et temporaire, ne devant s'appliquer qu'à la matière visée et pendant le temps déterminé par la loi, la suspension des termes échus pour cause d'imprévision a été autorisée déjà par la loi Failliot, le 21 janvier 1918, qui, réglementant la matière des marchés et contrats commerciaux, disait, dans son art. 2, al. 5, ceci : « Le juge peut aussi, sur la demande de l'une des parties, prononcer la suspension de l'exécution du contrat pendant un délai qu'il détermine » (2). Cette réglementation spéciale au sujet des délais de grâce fut reprise à la suite de la crise économique déclenchée en France à partir de 1931. Plusieurs lois sont intervenues en faveur de certaines catégories de débiteurs postérieurement même aux lois de 1936 qui venaient de modifier l'art. 1244 du Code civil et de sanctionner la suspension des termes à titre de règle générale. Ainsi, la loi du 12 juillet 1937, destinée à durer deux ans, institua, au profit de tous les producteurs agricoles, un régime particulier. Ceux-ci pouvaient prendre l'initiative de présenter une requête au président du tribunal civil ou au juge délégué, soit pour obtenir un arrangement amiable avec leurs créanciers, arrangement qui, constaté par le greffier, en présence du magistrat, avait force exécutoire, soit pour obtenir un délai de deux ans au plus. Le débiteur, pour obtenir ce délai, devait prouver qu'il était de bonne

1) Voir les détails de la discussion sur la signification de l'art. 1244, *infra*, p. 274-277.

2) Cette disposition de loi fut devancée d'ailleurs par la jurisprudence civile. — Voir : Trib. com. Seine, 27 avril 1915, conf. Paris, 8 janvier 1916, S. 1916.2.39.

foi et qu'il était dans une situation difficile. S'il obtenait le délai, il pouvait obtenir aussi la suspension des clauses de résiliation. Comme il s'agissait là d'un régime particulier, le législateur a estimé, cependant, que ni les dettes de salaires ni les dettes alimentaires ne devaient être comprises dans ces délais spéciaux. Il a tenu compte, en outre, d'éléments que l'art. 1244 du Code civil n'a pas pris en considération, notamment des situations respectives du créancier et du débiteur. L'art. 1^{er}, al. 6 de cette loi dit que : « Le créancier peut demander la modification du régime des délais si les ressources du débiteur ont augmenté ; il pourra même demander une révision du règlement, par la même procédure, c'est-à-dire en faisant une requête au président ou au juge délégué ». — Le décret du 31 août 1937, relatif à la matière de dettes hypothécaires, prévoit que les dettes résultant d'un emprunt hypothécaire antérieur au 1^{er} janvier 1935 et non représentées par des valeurs mobilières, pourront faire l'objet d'un plan de règlement et de délais. Les délais peuvent durer deux ans, et les décisions rendues seront toujours provisoires : le créancier en pourra obtenir la modification si les ressources du débiteur ont augmenté, s'il commet des fraudes ou s'il ne paie pas régulièrement les intérêts. En outre, il y a caducité du règlement si l'immeuble vient à être vendu ou si le débiteur vient à décéder. Les hypothèques légales et judiciaires, n'ayant pas été le résultat d'emprunts hypothécaires, ne bénéficient pas de ce décret. Les créances d'organismes à réglementation spéciale, comme le Crédit foncier, le Crédit agricole et maritime, ne sont pas non plus atteintes par ces délais (1).

Bien qu'étant la plus appropriée aux obligations de

1) Toutefois, quant à la réglementation spéciale concernant les débiteurs du Crédit foncier, la loi du 25 mars 1936 déroge, par son art. 2, aux dispositions du décret du 28 février 1852 qui régissait jusqu'alors la matière. — Voir *infra*, p. 468.

Outre les lois et décrets rapportés aux textes, il y en a eu d'autres qui accordaient des délais de grâce aux différentes catégories de débiteurs. Ainsi, la loi du 29 juin 1935 sur le règlement des fonds de commerce, modifiée sur un point par la loi du 9 janvier 1936 ; — la loi du 20 août 1936, intitulée « Loi tendant à accorder les délais aux producteurs agricoles pour le paiement des dettes qu'ils ont contractées pour les besoins de leurs exploitations », qui se transforma en une règle générale et devint l'alinéa 2 de l'article 1244 du Code civil. Etc.

donner (le plus souvent de verser une somme d'argent), la sanction de la suspension des termes et l'octroi des délais de grâce peuvent jouer à propos de toutes espèces d'obligations, c'est-à-dire de celles de faire ou de ne pas faire, comme de celles de donner. On peut supposer, par exemple, qu'un entrepreneur qui a été privé de marchandises par un cas de force majeure ou par la faillite de ses propres débiteurs, demande au tribunal un délai de grâce pour s'acquitter de sa promesse de bâtir un immeuble. Il peut s'agir aussi d'une obligation d'abandonner les lieux loués qui est encore une obligation de faire : le juge peut, notamment, retarder l'expulsion du locataire par un délai de grâce (1). Il en est de même pour l'obligation de livrer un objet.

Cependant, il est des matières auxquelles le droit positif exclut l'application de cette sanction. Dans le contrat de vente, on en trouve plusieurs exemples. L'art. 1657 prescrit : « En matière de vente de denrées et effets mobiliers, la résolution de la vente aura lieu de plein droit et sans sommation au profit du vendeur, après l'expiration du terme convenu pour le retirement ». Le législateur ne veut donc pas que des denrées périssables soient l'objet de longs procès, alors que la livraison n'en a pas encore eu lieu. L'art. 1661 indique que les termes fixés dans le cas de pacte de réméré est de rigueur et ne peut être prolongé par le juge. Il est tout à fait normal que le délai en soit exclu. Que celui qui ne peut pas racheter, ne rachète pas, mais qu'il ne déclare pas vouloir racheter s'il ne peut pas s'acquitter dans le temps voulu ! — En matière de dépôt, l'art. 1944 décide que « le dépôt doit être remis au déposant aussitôt qu'il le réclame, lors même que le contrat aurait fixé un délai déterminé pour la restitution, à moins qu'il n'existe entre les mains du dépositaire, une saisie-arrêt ou une opposition à la restitution et au déplacement de la chose déposée ». Si donc le dépositaire ne peut pas s'abriter derrière le terme de restitution convenu par les parties, il le pourrait encore moins derrière un terme de grâce accordé par le juge. Il n'en aurait d'ailleurs pas besoin, parce que le dépôt est, en principe, un contrat désintéressé et dans l'intérêt exclusif du déposant, à qui le dépositaire, en gardant la chose déposée rend un service gratuit. Ne devant

1) Voir : Cass. Req., 20 octobre 1925, D. 1926.1.116.

pas se servir de la chose en dépôt, pourquoi aurait-il alors besoin des délais de grâce pour la restitution de celle-ci ?

En concluant, il importe de signaler qu'il faut distinguer la sanction de suspension des termes contractuels et d'octroi des délais de grâce et de moratoire, des autres suspensions que l'on rencontre en matière de contrats civils et qui n'ont rien de commun, sauf le nom, avec celle dont nous parlons, savoir :

1° De la suspension du contrat tout entier et non seulement des termes de son exécution. Cela peut arriver lorsque, par suite d'un cas de force majeure passager, un des contractants est momentanément empêché d'exécuter son obligation. Par exemple, un ouvrier tombe malade et ne vient pas quelques jours à l'usine. Son obligation d'effectuer tant d'heures de travail par jour fait défaut. Réciproquement, celle du patron de payer le travail de l'ouvrier pendant ce temps de maladie, doit être suspendu jusqu'au jour de la reprise du travail par l'ouvrier. Par conséquent, l'engagement tout entier se trouve suspendu par l'effet de la force majeure, sans que, toutefois, le contrat perde sa force obligatoire (1).

2° De la suspension qui est une sorte de garantie de l'exécution du contrat. Par exemple, un débiteur, partie dans un contrat synallagmatique, reconnaît sa dette et n'en nie même pas le caractère exigible, mais invoque le principe de l'exécution « trait pour trait », « donnant donnant » dans cette catégorie de contrats. Pour assurer la simultanéité de l'exécution, il déclare qu'il suspend l'exécution de ce qui lui est réclamé et qu'il reconnaît devoir jusqu'à l'exécution de la prestation corrélatrice qui lui est due. Il invoque l'exception *non adimpleti contractus*. Pour qu'il puisse suspendre l'exécution de son obligation, il est nécessaire que l'autre partie soit tenue de s'exécuter la première (2).

3° De la suspension, ici encore du contrat tout entier, qui joue le rôle de représaille de la part de l'une contre l'autre.

1) Voir notre discussion ultérieure sur cette institution, *infra*, p. 306-310.

2) Voir sur cette sorte de suspension : CASSIN (René), *De l'exception tirée de l'inexécution dans les contrats synallagmatiques*, thèse, Paris, 1914, p. 530 et suiv.

tre partie contractante, afin de la contraindre à s'exécuter. Par exemple, une compagnie de gaz, d'électricité, d'eau, qui, n'étant pas payée à l'échéance, coupe le courant ou l'eau au client.

§ 3 : *Prorogation*

La sanction consistant à proroger la validité et les effets d'un contrat frappé de l'imprévision a, sans doute, une certaine analogie avec la précédente. C'est peut-être pour cela que la doctrine n'arrive pas à les séparer l'une de l'autre (1). Cependant, la dissemblance en est telle qu'il ne peut vraiment y avoir lieu à aucune identification.

En quoi consiste-t-elle au juste, la prorogation des contrats ?

Elle aussi, à l'instar de la suspension, est liée aux termes du contrat. Elle aussi prolonge la validité de celui-ci au-delà de son expiration. Cependant, à la différence de la suspension, elle ne retarde pas son exécution. Celle-ci se poursuit exactement, comme il était convenu entre les parties. A chaque échéance, le débiteur doit donner ou faire ce dont il est tenu ; le créancier de même. Seulement, au moment où le contrat devrait cesser d'exister, sa validité se prolonge encore pendant un certain temps et son fonctionnement continue. C'est une sorte de renouvellement du contrat prononcé par le juge, nonobstant le défaut d'accord des parties intéressées à cet égard. Le délai de ce renouvellement est en rapport avec la durée de la situation imprévisible. Il est accordé en faveur de la partie qui en est la victime. Pendant la nouvelle période, le contrat produit les mêmes effets que pendant la période contractuelle. La seule différence est que la première est l'œuvre d'un consentement des parties contractantes ; tandis que la seconde est le résultat d'une prorogation, c'est-à-dire d'une injonction de la part de l'autorité publique ordonnée indépendamment et malgré le dissentiment des parties à ce sujet.

1) Voir, par exemple, RIPERT (Georges), *La règle morale dans les obligations civiles*, op. cit., p. 146, n° 78, où l'auteur parle de toutes les deux à la fois comme s'il s'agissait d'une seule et même chose.

Il est, du reste, très peu de contrats où cette sanction peut être prononcée. Ce ne sont d'abord que les contrats à exécution successive. Les contrats à terme ne peuvent pas donner lieu à prorogation, parce qu'ils ne fonctionnent pas entre le moment de leur conclusion et celui de l'arrivée du terme. Par conséquent, il n'y a là rien à proroger. Parmi les contrats à exécution successive, cela dépend du contrat qui est en cause. En règle générale, on peut dire que la prorogation est toujours possible dans les contrats où une des prestations réciproques est de caractère continu vis-à-vis de l'autre qui est échelonnée. Par exemple, un contrat de travail (l'ouvrier fournit à chaque instant une quantité de travail ; le patron ne le paie que par heure, par journée, par semaine ou par mois) ; un contrat de bail à loyer ou à ferme (le propriétaire assure la jouissance des lieux à chaque instant à son locataire ; celui-ci ne lui paie que périodiquement) ; un contrat de fourniture de gaz ou d'électricité (la prestation du fournisseur est continue ; celle des abonnés est échelonnée), etc.

La suspension peut être prononcée, comme nous l'avons vu, à propos de tous les contrats, de ceux à exécution périodique ainsi que de ceux à exécution différée. Dans les contrats à exécution successive où l'une des prestations est de caractère continu (un bail à loyer, par exemple), la suspension contient une partie de la prorogation : pour le propriétaire, le contrat est prorogé jusqu'à l'expiration du délai de grâce, parce qu'il est tenu de continuer à exécuter son obligation principale (d'assurer la jouissance des lieux). Pour le locataire, le contrat n'est pas prorogé ; il est seulement suspendu, car le locataire est dispensé de payer le loyer pendant le délai de grâce. Il en est de même du propriétaire pour ses obligations accessoires (éclairage, entretien, chauffage central).

Le législateur de guerre et d'après-guerre a sanctionné la prorogation des contrats seulement en matière de baux et en faveur des locataires. Pour la première fois, il le fit par la loi du 9 mars 1918, relative aux baux à loyer. Aux termes de son article 18, tous les baux non encore expirés comme des baux expirés, peuvent être prorogés pendant toute la durée de la guerre et six mois qui suivront la cessation des hostilités. Cette loi fut complétée par une

loi du 23 octobre 1919 étendant le bénéfice de la prorogation. La loi du 31 mars 1922 a confirmé la législation précédente, en limitant les prorogations à une durée de 9 ans pour les locaux d'habitation et de 15 pour les locaux commerciaux. D'autres lois, dont celles des 1^{er} avril 1926, 19 juin 1929, 31 décembre 1937, les décrets-lois des 1^{er} juillet 1939 et 29 septembre 1939, toujours en matière de baux à loyer, sauf le dernier décret qui est applicable aux baux à loyer et à ferme, sont venus organiser le régime des prorogations. La date extrême des prorogations prévues, ayant été fixée par le décret du 1^{er} juillet 1939 au 1^{er} octobre 1939, est reportée par le décret du 29 septembre 1939, à la date du décret fixant la cessation des hostilités de la guerre de 1939-40.

Les prorogations sont accordées toutes les fois qu'en raison de la dépréciation monétaire et de l'augmentation du coût de la vie, les loyers ont considérablement renchéri en sorte que les locataires seraient obligés de payer un loyer beaucoup plus élevé que celui qu'ils payent à présent si leurs baux devaient prendre fin comme il était convenu, car, dans ce cas, ils seraient forcés d'en contracter de nouveaux. Mais ces prorogations auraient été ruineuses pour les propriétaires, si les loyers des baux prorogés n'avaient point été augmentés. Aussi les différentes lois qui viennent d'être citées subordonnent-elles les prorogations à une majoration (1).

§ 4 : *Exécution par anticipation*

La sanction de l'exécution par anticipation est l'inverse de celles de la suspension et de la prorogation. La validité du contrat n'est pas prolongée, mais est, au contraire, raccourcie. Le débiteur est autorisé par là à s'acquitter avant l'arrivée du terme convenu.

L'exécution par anticipation ne concerne que les contrats de prêt de consommation, les dettes civiles et commerciales, hypothécaires ou non. Elle peut être prononcée lorsqu'il y a, du fait de l'imprévision, disparité entre les charges de capital contractées pendant la période de prospérité

1) Voir : La loi du 1^{er} avril 1926 ; la loi du 29 juin 1929.

et les ressources amoindries dont disposent actuellement les débiteurs pour s'acquitter de ces engagements. Pour qu'elle puisse être utile aux débiteurs, il faut qu'il y ait, au moment où elle intervient, baisse du taux de l'intérêt. Alors, le remboursement anticipé représente un grand avantage pour les débiteurs. Ils peuvent emprunter, par exemple, à 6 % pour acquitter une dette qui leur coûte 8 %.

§ 5 : Révision

La résolution et la résiliation du contrat pour cause d'imprévision, en dehors des cas où le contrat ne peut pas survivre à la situation imprévisible est une mesure trop radicale et même trop brutale. Il n'est pas souhaitable notamment, selon les mots de M. LEBON (1), que les manufactures se voient, par une mesure de tel ordre, privées de toutes les commandes civiles sur lesquelles elles comptent pour faciliter la reprise de leur activité normale et réembauchage des ouvriers retour du front. En outre, si tous leurs contrats et les marchés prenaient fin, elles seraient obligées d'en conclure de nouveaux, dans les conditions et aux prix qu'imposent les nouvelles circonstances. Cela aurait pour conséquence immédiate d'accélérer la hausse du coût de la vie et d'aggraver, indirectement, la situation des consommateurs, sur qui serait prélevé le renchérissement considérable des marchandises (2). Il s'ensuit que, dans la plupart des cas, le maintien du contrat est préférable à sa rupture.

La suspension et la prorogation des effets du contrat sont des sanctions beaucoup plus souples que la première, mais elles n'ont qu'un caractère provisoire. Si la crise dure très longtemps, les contrats ne peuvent pas être suspendus à l'infini : les dettes doivent être payées. Autrement, le crédit serait trop compromis, ce qui est d'ailleurs le plus grand défaut des moratoires de guerre. Ils ne peuvent pas non plus rester indéfiniment tout simplement prorogés, par-

1) LEBON (André), *La guerre et les contrats*, Revue politique et parlementaire, 1916, art. précité, p. 173.

2) En ce sens : LEBON, art. cité, p. 161 et suiv. ; — LOUVEAU (André), *Théorie de l'imprévision en Droit civil et en Droit administratif*, thèse, Rennes, 1920, p. 12-13 ; — VOIRIN, thèse précitée, p. 196.

ce qu'il serait trop injuste de maintenir les mêmes conditions d'exécution du contrat pour l'une et d'en laisser supporter les nouvelles, issues de l'imprévision, pour l'autre des parties. Aussi, avons-nous dit, que la prorogation doit, en général, être accompagnée de revision de la valeur des prestations réciproques.

L'exécution par anticipation est une des rares sanctions de la théorie de l'imprévision, ne pouvant être prononcée que dans des situations toutes spéciales et appliquée qu'aux contrats de prêt de consommation.

Alors, la meilleure sanction serait celle qui, tout en maintenant la validité du contrat, satisfairait le mieux les intérêts en conflit et générerait le moins le crédit public, sanction qui serait applicable dans presque toutes les situations et à tous les contrats. Et ce ne peut être que la revision de la valeur des prestations corrélatives, conformément au nouvel état de choses, créé par l'imprévision.

Pour la distinguer des autres sanctions, il faut spécifier le sens de celle de la revision. Si on disait « revision des contrats », on risquerait de la confondre avec toutes les autres, car la résiliation et la résolution, la suspension, la prorogation et l'exécution par anticipation, représentent toutes en quelque sorte la révision du contrat, au même titre que la révision dont nous parlons : elles modifient la lettre du contrat et la « volonté » contractuelle, en les adaptant d'une façon ou d'une autre à la situation imprévisible. C'est à cause de ce trait commun de la révision, sanction spéciale de la théorie de l'imprévision, avec les autres sanctions, que certains auteurs parlent de toutes les sanctions à la fois et sous le même titre (1). C'est encore à cause de ce trait commun qu'il nous paraît étonnant que certains auteurs, qui admettent l'intervention de la théorie de l'imprévision, se montrent hostiles à la révision, sanction spéciale de celle-ci, craignant de ne compromettre beaucoup trop le principe de l'autonomie de la volonté, dont ils ne sont pas parvenus à se libérer (2). La révision dont il est mention ici

1) Voir, par exemple, VOIRIN, thèse précitée, p. 195-222.

2) Voir : SERBESCO (S.), *Effets de la guerre sur l'exécution des contrats*, Revue trim. de Droit civil, 1917, p. 360-361, n° 19 ; — BRUZIN, thèse précitée, p. 378-381 ; — VENIAMIN (Virgile L.), *Essai sur les données économiques dans l'obligation civile*, thèse précitée, p. 394.

concerne spécialement la valeur économique des prestations.

Nous savons qu'un fait imprévisible et constitutif d'un cas d'imprévision a pour conséquence de déséquilibrer le contrat, en altérant le rapport entre les valeurs des prestations réciproques, constitué au moment de la formation du contrat, et de rendre dès lors l'exécution du contrat à la lettre trop difficile et onéreuse pour l'une ou pour l'autre des parties contractantes, qui se serait trouvée tout d'un coup obligée de donner ou de faire plus qu'elle ne reçoit en échange. Le rôle de l'intervention de la théorie de l'imprévision est de reconstituer l'équilibre désaxé. Et elle le fait au moyen de la révision. Voici de quelle façon : si la valeur de l'une des prestations a haussé au-delà des limites prévisibles, le juge peut diminuer la quantité de celle-ci ou majorer celle de la prestation corrélative. Si, par contre, la valeur de l'une des prestations a baissé au-delà des limites prévisibles, le juge peut augmenter sa quantité ou réduire celle de l'autre prestation. Par exemple, un marché à livrer. Survient une hausse exceptionnelle de la marchandise au moment de la livraison, et provoque une disproportion entre la valeur de la prestation du livreur et de la somme d'argent promise par le créancier de la commande. Le livreur ne dispose pas de stocks nécessaires pour une raison qui ne lui est pas imputable (il y a eu réquisition, par exemple) pour satisfaire à son obligation. Il doit donc acheter les objets à livrer à un prix beaucoup plus élevé que celui qu'il touchera de son créancier. En révisant ce marché, on peut imposer au créancier un nouveau prix, plus élevé que celui fixé par le contrat, ou réduire la quantité de marchandises à livrer — selon les circonstances. La première solution l'emportera si le créancier tient à avoir la quantité de marchandises primitivement fixée.

Cependant, ce double jeu de la révision ne peut se produire dans tous les contrats. Il y en a qui exigent soit la majoration soit la réduction, ne laissant pas la liberté de choisir entre les deux. Prenons un marché de fourniture de gaz ou d'électricité. Surgit une hausse de la houille. En révisant le marché, on ne peut pas diminuer la quantité de gaz ou d'électricité à fournir par jour. La seule révision possible c'est d'augmenter les charges du consommateur,

c'est-à-dire de lui imposer un prix majoré. De même, un contrat de bail à loyer. Les charges du propriétaire viennent de s'aggraver. On ne peut que majorer les loyers ; la diminution de l'agrément du locataire n'est pas concevable. Par contre : la situation du locataire est aggravée. On ne peut que réduire le loyer ; imposer au propriétaire un meilleur mode de jouissance au profit du preneur est chose impraticable. L'analyse peut aller très loin... Tout dépend du contrat et des circonstances.

En procédant, par exemple, à la réduction d'une prestation pour cause de hausse de la valeur de l'objet dû, jusqu'à quelle limite le fera-t-on ? Supposons que l'objet valait 50 lors du contrat ; à l'heure de l'exécution il vaut 100. Réduira-t-on la prestation proportionnellement à la hausse, c'est-à-dire de moitié ? Sûrement pas, puisqu'il faut tenir compte de l'aléa normal à supporter par le débiteur. Cet aléa comprenant le maximum de la valeur de l'objet dû s'étant produit dans le passé et pouvant se produire dans l'avenir, suivant les prévisions raisonnables au moment du contrat, la part réduite ne portera souvent que sur un tiers, un quart ou un cinquième de la prestation.

Quant à l'aléa anormal, le débiteur n'en est pas chargé, en principe. Cependant, il se peut souvent que, conformément à l'idée équitable se dégageant des circonstances de fait, les charges anormales soient réparties entre les deux contractants, en sorte que la victime en prenne une part. Le critérium de cette répartition des charges extracontractuelles, le juge le trouvera dans le résultat obtenu de l'examen des situations personnelles des parties en rapport : les dimensions de leurs fortunes, les contrats et marchés autres que celui qui est en cause, le nombre d'échéances à effectuer dans le contrat frappé de l'imprévision, etc., ainsi que nous l'avons déjà dit plus haut, en parlant des effets de l'événement imprévu sur l'exécution du contrat. Nous n'avons qu'à y ajouter encore ceci : lorsqu'il s'agit de majorer les prix pour cause de hausse de la valeur des marchandises faisant l'objet d'un marché à livrer, par exemple, il faut tenir compte également de l'intérêt du consommateur et ne pas pousser trop loin le chiffre de la majoration, afin de ne pas provoquer une nouvelle hausse,

en aggravant celle qui existe déjà (1). Ainsi, grâce au caractère très souple et nuancé de la révision, on arriverait souvent à prononcer le maintien de la lettre du contrat, et ne porter atteinte au principe de la force obligatoire des conventions que lorsque cela paraît, aux yeux de l'arbitre, vraiment nécessaire.

La sanction de la révision de la valeur des prestations a revêtu jusqu'à présent des formes très diverses. Tantôt elle se présente sous la forme de tentative obligatoire de conciliation amiable des parties intéressées devant s'effectuer devant le juge et avec insistance de sa part. Tantôt le juge, lui-même, la prononce, en fixant à son gré les limites de la révision. Tantôt, c'est le juge qui ordonne la révision, mais laisse aux parties d'en trouver et tracer les limites. Tantôt, c'est le législateur qui détermine les catégories de contrats où la révision doit sanctionner la théorie de l'imprévision, en imposant au juge soit le critère de la révision, soit son taux, soit les deux.

Parmi toutes ces formes, la moins efficace est celle de la tentative de conciliation amiable. Bien que la révision des prestations puisse être la meilleure sanction de la théorie de l'imprévision en l'occurrence, il se peut qu'elle ne soit pas prononcée, faute d'accord des parties. Cette forme, nous l'avons rencontrée pour la première fois dans la loi Failliot du 21 janvier 1918. Celle-ci subordonne notamment, par son article 3, la réception de toute demande en résolution devant les tribunaux civils ou de commerce à un préliminaire de conciliation devant le président du tribunal de commerce, où le magistrat prépare un terrain d'entente, usant de son autorité morale, laissant entrevoir son sentiment sur le fond de l'affaire et l'issue probable du procès, car il conserve, aux termes de l'art. 2, al. 2, de la loi, la faculté de doser une allocation de dommages-intérêts à la charge de l'une ou de l'autre des parties entre lesquelles est prononcée la résolution. Cette

1) De toute façon, rien ne nous garantit que l'acheteur ne revendra pas la marchandise à un prix supérieur à celui qu'il a payé lui-même, de sorte qu'il profite seul de l'intervention de la théorie de l'imprévision et que le consommateur n'en tire aucun avantage.

attribution pourra, en effet, ainsi qu'il résulte des travaux préparatoires de la loi Failliot, être fondée sur l'abus qu'aurait fait l'une des parties de son droit de refuser la révision amiable (1).

La forme la plus élégante est sans doute celle où le juge déclare, après avoir tracé la limite de l'aléa ordinaire, que pour tout ce qui est au-delà, il y a lieu à la révision de l'une des prestations réciproques, en laissant aux parties elles-mêmes le soin d'en parachever les détails, c'est-à-dire de se mettre d'accord sur le chiffre de la majoration ou de la réduction, sur la part des charges extracontractuelles à supporter par le demandeur, etc. Et ce n'est que pour le cas où les pourparlers des parties n'aboutiraient pas à les mettre d'accord, que le tribunal doit prononcer le taux de la révision. C'est le procédé dont a usé la Haute juridiction administrative, adopté pour la première fois par son célèbre arrêt dans l'affaire du Gaz de Bordeaux. « Il y a lieu, dispose l'arrêt, de renvoyer les parties devant le Conseil de Préfecture auquel il appartiendra, si elles ne parviennent pas à se mettre d'accord sur les conditions spéciales dans lesquelles la Compagnie pourra continuer le service, de déterminer, en tenant compte de tous les faits de la cause, le montant de l'indemnité à laquelle la Compagnie a le droit à raison des circonstances extracontractuelles dans lesquelles elle aura à assurer le service pendant la période envisagée » (2). Cette forme, si heureusement trouvée pour la matière de concessions de services publics du Droit administratif, ne peut cependant pas être adoptée pour la matière de contrats civils et commerciaux, surtout lorsque ces contrats sont à exécution différée, car ils exigent une promptitude dans la procédure de révision, alors que le procédé du Conseil d'Etat est de nature à retarder la solution définitive du différend, à cause des pourparlers des parties en rapport qui peuvent durer longtemps.

1) Voir : Rapport du député Failliot, Journ. Offic., 28 mars 1916, ann. n° 1971. — Pour les applications faites par les tribunaux, voir : Alger, 20 novembre 1919, et Req. rej., 15 mars 1920, S. 1920.1.117 et D. 1920.1.74 (2^e espèce). — Cpr. Bordeaux, 2 avril 1919, S. 1920.2.14 ; — Req. rej., 15 mars 1920, D. 1920.1.74 (3^e espèce).

2) Conseil d'Etat, 30 mars 1916, D. P. 1916.2.25, précité.

La forme dépourvue de toute élasticité est celle où le législateur lui-même tranche pour tous les contrats d'une catégorie déterminée soit la limite de l'aléa normal (1), soit le taux de majoration ou de réduction de la prestation à réviser (2). Cela, parce que la théorie de l'imprévision, et surtout sa sanction de révision, est susceptible d'entraîner des solutions peu équitables si l'on procède à une généralisation soit des critères, soit des solutions à apporter. La théorie de l'imprévision est une institution dont l'application dépend uniquement des circonstances de la cause, celles-ci seules peuvent déterminer quelle sanction doit être prise et quelles doivent être la forme et la mesure de celle-ci.

Par conséquent, la seule forme conforme à la nature de notre théorie doit être celle où le juge prononce souverainement la révision de la prestation affectée par l'imprévision, en traçant la ligne de démarcation entre l'aléa ordinaire et l'aléa extraordinaire, en fixant le mode de répartition de ce dernier entre les deux contractants, s'il y a lieu, ainsi que le taux de la majoration ou de la réduction... Si le législateur se charge de lui prêter son concours à cet égard, la loi ne devrait que donner des directives au juge, lui faciliter la tâche et nullement lui imposer des solutions toutes prêtes qu'il n'aurait qu'à appliquer *stricto sensu* (3).

En terminant ce bref exposé des sanctions de la théorie de l'imprévision, il convient de remarquer qu'il n'y a pas de cloisons étanches entre elles ; elles sont, au gré des circonstances, interchangeables ; de même, elles peuvent s'aggréger les unes aux autres en de multiples combinaisons. Ainsi, la loi du 22 novembre 1918 superposait à la suspension du contrat de travail (à durée déterminée) une prorogation du terme combinée avec une révision du chiffre du salaire. La loi du 9 mars 1919 sur les baux à loyers autorisait la résiliation des baux, la réduction des loyers, pouvant aller jusqu'à l'exonération totale, l'octroi des ter-

1) Par exemple, la loi du 29 juillet 1935 sur les fonds de commerce.

2) Par exemple, la loi du 29 juin 1929 sur les baux à loyers : — la loi du 29 septembre 1939 sur la même matière.

3) Voir *infra* : Appréciation critique de la législation spéciale en matière d'imprévision, p. 474 et suiv.

mes et délais. La loi du 1^{er} avril 1926, elle aussi relative aux baux à loyers, combinait la prorogation de jouissance avec la majoration, pendant toute la durée de la prorogation, de la valeur locative de 1914 de 100 % (pour les locaux à usage d'habitation) et de 125 % (pour les locaux affectés à l'exercice d'une profession ou d'une fonction). De même, la loi du 29 juin 1929. Etc. Toutefois, il est une sanction qui est exempte de toute superposition. C'est la résolution ou la résiliation du contrat. Un contrat rompu ne peut être ni prorogé, ni suspendu, ni révisé, ni exécuté par anticipation, car il cesse de durer et de produire les effets juridiques.

Section C

QUELQUES CONTRATS USUELS

La question d'application de la théorie de l'imprévision et de choix de ses sanctions est, comme nous l'avons dit maintes fois, en dépendance absolue de l'entière connaissance et d'une juste appréciation des faits de la cause. La nature de l'événement imprévu, le moment de sa survenance, la catégorie de contrat, la qualité des contractants, les effets concrets de la situation imprévisible sur le contrat, le rapport entre les intérêts individuels en jeu, la présence d'un intérêt collectif plus ou moins sensible dans le contrat, et une série d'autres faits qui peuvent s'accumuler à propos d'une espèce, — sont souvent décisifs pour ou contre l'intervention de notre théorie, comme pour le choix de l'une ou de l'autre des solutions qui doivent la sanctionner en l'occurrence. C'est pour cela qu'une étude prétendant envisager le problème d'un point de vue général et de principe risque d'être incomplète, d'avoir des lacunes, de voir souvent faux : elle n'est pas en mesure d'embrasser toutes les situations possibles. Partant, la meilleure étude du problème de l'imprévision serait celle qui aurait pour objet un seul contrat, non pas un type de contrats, mais un contrat concret, conclu à la date de..., entre monsieur Untel et monsieur Untel autre, venant à échéance à la date de... etc., étude qui renoncerait à toute généralisation de ses conclusions.

Comme la présente étude porte sur une discussion de principe, ce qui oblige à négliger une immense variété de cas, nous trouvons utile de passer en revue certains contrats usuels où la question d'imprévision se pose le plus souvent et d'attirer l'attention sur quelques situations concrètes illustrant le fonctionnement de notre théorie. La démonstration n'en sera qu'à titre d'exemple.

§ 1^{er} : *Vente*

La théorie de l'imprévision peut jouer à propos de toutes espèces de ventes ayant une exécution successive ou à terme, de la vente d'immeubles ainsi que de la vente d'effets mobiliers.

1° La vente d'immeubles est, à l'ordinaire, un contrat à exécution instantanée, donc exclusif de l'intervention de la théorie de l'imprévision. Toutefois, il en est une espèce qui fait exception. C'est le contrat de promesse unilatérale de vente qui est une opération extrêmement usuelle. Il y a promesse unilatérale de vente lorsqu'un propriétaire s'oblige à vendre son bien moyennant un prix déterminé à une personne, au cas où celle-ci, dans le délai qui lui est laissé pour se décider, voudrait l'acquérir. Au moment où le bénéficiaire de la promesse déclare vouloir en profiter, le contrat de promesse unilatérale de vente s'éteint, et le contrat de vente se forme. Or, entre le moment de la promesse et celui de la formation de la vente, la valeur de l'immeuble primitivement fixée peut se trouver considérablement augmentée ou diminuée, fait qui met en jeu la question d'intervention de la théorie de l'imprévision. Faut-il alors reviser le prix, suspendre le délai d'option en faveur du propriétaire ou du bénéficiaire, résoudre le contrat de promesse de vente ? Les solutions peuvent varier à l'infini, selon les circonstances, selon les intérêts des deux parties en présence (1).

1) La Cour de cassation admet la revision du prix en cas de hausse de la valeur de l'immeuble, en y appliquant l'art. 1675 du Code civil sur la lésion dans les ventes d'immeubles. — Voir cette jurisprudence *infra*, p. 367, note 1re. — La revision pour le cas de baisse n'est pas nécessaire, le bénéficiaire ayant la possibilité de ne pas profiter de la promesse et de laisser s'éteindre la validité du contrat. Pour la même raison, la suspension du

Quid pour le cas de vente à réméré ? C'est une variété particulière du contrat de vente, constituée par un pacte spécial inséré dans le contrat de vente et en vertu duquel le vendeur se réserve le droit de reprendre dans un délai qui ne peut pas excéder cinq ans (art. 1660, al. 1^{er} C. c.), la chose vendue, moyennant la restitution du prix principal et le remboursement dont il est parlé à l'article 1673 (art. 1659), c'est-à-dire : des frais et loyaux coûts de la vente, des réparations nécessaires, et de celles qui ont augmenté la valeur du fonds, jusqu'à concurrence de cette augmentation. A supposer que la valeur du fonds ait augmenté ou diminué indépendamment du fait de l'acheteur, par le jeu des circonstances imprévisibles, faut-il, dans ce cas, surlever ou réduire le montant du remboursement à charge ou à profit du racheteur ? La question de prorogation ne peut pas se poser, parce que ce n'est pas un contrat à exécution périodique. Celle de la suspension du délai ou de l'exécution par anticipation non plus, parce que la stipulation du terme est de rigueur (art. 1661).

La théorie de l'imprévision n'a pas beaucoup de chance d'y jouer : la brièveté du délai du réméré ne peut généralement pas donner l'occasion à un changement considérable de la valeur de l'immeuble vendu. Si, toutefois, ce changement survient, il faut distinguer entre la hausse et la baisse de la valeur. Si la valeur a baissé, faut-il protéger le vendeur, en l'autorisant à verser une somme moindre que celle qu'il a reçue ? Nous ne le pensons pas. Si l'exécution du pacte de rachat est préjudiciable aux intérêts du vendeur, il est libre de se désister d'exercer sa faculté de rachat : il n'a qu'à laisser passer le terme convenu, sans exercer son action de réméré. Si, par contre, la valeur de l'immeuble a haussé, surtout si cette hausse résulte d'une dépréciation de la monnaie, nous sommes d'avis que l'acheteur est en droit d'invoquer la théorie de l'imprévision en sa faveur, parce qu'autrement, ne pouvant pas se désister de l'exécution du pacte, il serait en perte, en recevant beaucoup moins qu'il n'a donné.

2° Les ventes d'effets mobiliers sont sujettes davantage à l'intervention de la théorie de l'imprévision. Les contrats-

terme d'option doit être écartée lorsqu'il s'agit d'intérêt du bénéficiaire.

types en sont les marchés à livrer et les marchés de fournitures (1). Dans les premiers, le vendeur n'est pas, en général, le propriétaire de la marchandise à livrer au moment du contrat. Dans les seconds, il l'est, en principe. C'est, par exemple, un fabricant qui fournit les objets de sa production. Ce qu'il achète, ce n'est pas la marchandise à livrer, ce sont les matières premières nécessaires à la fabrication. De cette différence entre les deux espèces de contrats il résulte que la première possède un caractère de spéculation plus accentué que la seconde. Partant, le risque normal et les charges s'ensuivant, qui incombent au vendeur, doivent être plus grandes dans les marchés à livrer que dans les marchés de fournitures.

A titre général, on peut dire que le problème de l'imprévision se présente pareillement dans les uns comme dans les autres de ces contrats. Une hausse ou une baisse des prix des marchandises à livrer ou à fournir aggravent soit la situation du vendeur, soit celle de l'acheteur. Leurs effets sont directs sur les marchés à livrer, indirects sur ceux de fournitures, car dans ces derniers, ils portent sur les matières premières. Mais cette différence n'est pas d'importance, parce que les variations des prix des matières premières se répercutent presque immédiatement sur les prix des produits. Toutefois, exception doit être faite pour les producteurs qui possèdent tout ou partie des matières premières. Par exemple, les producteurs agricoles ou viticoles. En cas d'imprévision, on n'a qu'à tenir compte des frais de revient qui sont en fonction avec la situation sur le marché (les salaires, le transport, la conservation de la marchandise) et non pas des variations des prix des produits en général. Pour le démontrer, envisageons le cas de nombreux contrats de vente de récoltes de vin qui furent passés avant la guerre dans certaines régions viticoles, notamment dans la Gironde. Les producteurs avaient vendu par abonnement portant sur une période assez longue, généralement de dix années, leurs récoltes de vin, à un prix et à des conditions forfaitaires. Certains s'étaient chargés de fournir le logement, quelques-uns même d'effectuer la mise en bouteilles ou en barriques. Par suite de la guerre, le prix de l'hectolitre de vin ordinaire, coté moins de 30 francs au printemps

1) Les premiers sont à terme ; les seconds à exécution successive.

de 1914, atteignait 200 francs en 1919. Dès lors, pour aider les producteurs, seule la hausse du prix du vin ne suffisait pas à fournir les éléments de la solution. L'essentiel était de prendre en considération l'aggravation des charges accessoires (mise en bouteilles) et l'augmentation des frais de production (main-d'œuvre, engrais). En l'occurrence, dans certaines ventes, le prix fixé pour la vente de récolte ne couvrait même pas le propriétaire des dépenses qu'il devait supporter pour l'achat des barriques et des bouteilles destinées à la loger, car les prix de celles-ci avaient, d'une manière générale, décuplé par rapport aux prix d'avant-guerre (1). En conséquence, il fallait différemment traiter les vendeurs qui produisent sans le concours de la main-d'œuvre et ceux qui en ont besoin, les vendeurs tenus de fournir le logement ou d'effectuer la mise en bouteilles et ceux qui ne le sont pas.

Dans les marchés à livrer, il importe pour l'application de la théorie de l'imprévision de savoir si l'acheteur a déjà trouvé des sous-acheteurs ou non. Par exemple : le cas d'un marché de chlorure de baryum dans lequel le vendeur se trouvait en obligation de livrer une quantité qui, ayant valu 21.000 frs avant la guerre, atteignait, en 1916, le prix de 150.000 frs (2). Si le vendeur n'avait pas en stock la quantité nécessaire de chlorure de baryum, il était obligé d'en acheter au prix de 150.000 frs, alors qu'il ne reçut en échange que 21.000 frs, en subissant une perte de 130.000 frs. Si, d'autre part, l'acheteur n'avait pas fait de contrat de revente, il revendait la marchandise qu'il a achetée à 21.000 frs au prix de 150.000, en gagnant 130.000 francs au détriment du vendeur. Si, par contre, il avait des sous-acheteurs, la situation se serait présentée différemment. Dans ce cas, il fallait examiner si ces nouveaux marchés pouvaient être modifiés dans la même proportion que celui avec son vendeur. Si oui, le premier marché serait révisé très favorablement au vendeur. Si non, ce dernier aurait eu toute la charge imprévisible à lui. Si les nouveaux

1) Voir : BRUZIN, thèse précitée, p. 65 et en note sous 1.

2) Le cas rapporté par le député Failliot dans son Rapport présenté au nom de la Commission du commerce et de l'industrie, Journal Officiel, Doc. Parl. Chambre 1916, annexe 1971.

marchés pouvaient être révisés dans une proportion moindre que le premier, le vendeur aurait eu à subir une partie de la chage imprévisible égale à celle de son acheteur, de sorte que ce dernier n'éprouve pas une perte sensible contre laquelle il s'était assuré par le marché.

3° Enfin, les ventes de fonds de commerce portant sur les objets matériels (les marchandises et le matériel) et sur les biens immatériels (l'achalandage) ont donné très souvent l'occasion d'intervenir à notre théorie. Dans ces ventes, il arrive fréquemment que l'acquéreur ne paie au vendeur qu'une partie du prix convenu au comptant. Pour le restant à payer, il souscrit (ou fait souscrire) des billets de fonds qui circulent comme titres de valeur et sont payables, à échéance, à tout porteur. Au début, ces ventes furent réglementées par la loi du 17 mars 1909, dont la préoccupation principale était, en raison de la conservation du crédit, la protection des vendeurs impayés. Cependant, la pratique ayant révélé des tromperies, en temps de spéculation, dont les acquéreurs étaient les victimes, le législateur est venu les protéger à leur tour (1). Ainsi, la loi du 29 juin 1935 oblige le vendeur à donner à l'acheteur tous renseignements sur la date et le prix de son acquisition, l'état des privilèges et nantissements, le chiffre d'affaires et les bénéfices commerciaux réalisés depuis trois ans de l'existence du bail. Le vendeur doit faire figurer dans l'acte de vente toutes ces énonciations et pour les prouver, il doit présenter les livres de comptabilité des trois années précédentes au visa de l'acquéreur et mettre ces livres à sa disposition pendant trois ans à partir de l'acquisition, tout cela sous peine de nullité de la vente. Toutes ces mesures ont été prises en vue de la fixation de la valeur exacte du fonds et de la détermination du juste prix. La loi prescrit que ce rapport d'équivalence entre la valeur du fonds et les prix dus par l'acquéreur doit subsister jusqu'au paiement complet. Alors, s'il est démontré qu'à dater de la promulgation de cette loi, il y a eu diminution de plus de 33 % dans le chiffre d'affaires moyen des deux exercices par rapport à celui des deux années qui ont précédé son acquisition, qui a eu

1) Une des premières lois dans ce sens fut celle du 5 juillet 1933 qui accordait des délais de grâce aux acheteurs.

lieu entre le 1^{er} juillet 1926 et le 1^{er} juillet 1933, l'acquéreur aura le droit à l'octroi de délais, à une remise complète des intérêts dus et à une réduction du prix, dont le taux sera déterminé par le juge (1). L'on pourrait objecter que cette législation, tout en protégeant les acquéreurs, est de nature à léser les intérêts des porteurs des billets de fonds, qui, les ayant achetés au prix qu'ils valaient, les encaissent, après coup, à un prix inférieur. Mais cette objection n'est fondée que fort exceptionnellement. D'habitude les acheteurs de ces billets, étant des spéculateurs, les achètent beaucoup au-dessous de leur prix nominal, de sorte que la réduction accordée à l'acquéreur ne leur fait supporter qu'un simple manque à gagner.

§ 2 : *Louage de choses*

1^o Dans un contrat de bail à loyer, l'esprit de spéculation est, à la différence du contrat de vente, spécialement des marchés à livrer et de fournitures, presque nul. La longue durée du contrat qui est en usage, n'est pas motivée par un espoir de gagner en profitant des fluctuations économiques et monétaires. Cette pratique est dictée plutôt par une nécessité qui ne permet pas de déménager et d'emménager tous les jours, nécessité dont dépend l'utilité même de ces contrats. En conséquence, l'équivalence entre les charges et les bénéfices réciproques, résultant des baux à loyers, doit être maintenue autant que faire se peut.

Le bailleur est tenu d'assurer la jouissance des lieux loués à son locataire à chaque instant, les entretenir en bon état, les éclairer, chauffer parfois. Comme contre-valeur, il touche les loyers, qui doivent couvrir ses charges. Le preneur, en payant les loyers, doit avoir en échange la valeur locative des lieux qui correspond à leur montant. Si un fait imprévisible vient désaxer cet équilibre, soit le bailleur, soit le preneur peuvent se trouver par là dans la difficulté de répondre à leurs obligations. Suivant la nature de l'événement imprévu, la théorie de l'imprévision peut être invoquée tantôt par l'un, tantôt par l'autre.

1) Des mesures analogues ont été prises par les lois des 9 janvier 1936 et 17 juillet 1937.

S'il s'agit, par exemple, d'un appartement pourvu du chauffage central que le bailleur est tenu d'allumer tous les jours d'hiver et que les prix du charbon aient subi une hausse considérable, comme pendant la guerre de 1914-18, le bailleur ne devrait pas continuer à allumer le chauffage sans avoir droit à une majoration proportionnelle du loyer ou à une indemnité de la part du locataire (1).

Il en est de même s'il y a eu dépréciation de la monnaie, comme c'est arrivé après 1925, lorsque le franc avait perdu les quatre cinquièmes de ce qu'il valait avant 1919. C'est pour cela que les lois des 6 juillet 1925, 1^{er} avril 1926 et 29 juin 1929 sont venues majorer les prix des baux à loyers. La même solution s'impose pour le cas où, en raison de la pénurie des locaux dans les grandes agglomérations urbaines, le législateur prescrit, au profit des locataires, la prorogation de jouissance et le renouvellement du bail, alors que la valeur de l'argent a baissé (2).

Lorsque, par contre, le fait imprévisible vient aggraver la situation du preneur, c'est lui qui a le droit de se prévaloir de la théorie de l'imprévision. Par exemple, du fait de la guerre, le locataire est obligé de quitter son appartement, en se réfugiant dans une région moins menacée par le danger de bombardement ou d'invasion ennemie. Sa jouissance en est restreinte ou empêchée. Elle est restreinte, s'il a laissé tout ou partie de son mobilier dans l'immeuble. Elle est empêchée s'il a emporté tout son mobilier et a loué un autre appartement pour longue durée. Dans ce dernier cas, son bail doit être résilié, tandis que dans le premier, une réduction du loyer, sans rompre le bail, serait plus équitable. Evidemment, dans l'un comme dans l'autre cas, l'intérêt du bailleur en souffre. Mais il n'est pas injuste de le sacrifier à celui du preneur, parce que ce dernier est, en l'espèce, plus digne de protection. Il est plus normal de préférer le locataire qui prétend se soustraire au paiement intégral de loyers devenus inutiles, au bailleur qui prétend tirer un revenu d'un immeuble dé-

1) Il y a une certaine analogie entre cette situation du bailleur et celle des compagnies d'éclairage en Droit administratif. — Voir : *supra*, p. 81 et suiv.

2) Voir : La loi du 1^{er} avril 1926 ; — la loi du 29 juin 1929.

seraient improductif, puisque aucun locataire, quel qu'il soit, ni lui-même, ne pourrait en tirer parti (1).

D'autres situations peuvent se présenter aussi. Par exemple, un locataire qui exerçait une industrie ou une profession libérale est tué à la guerre. Pour ses héritiers ou sa veuve, la continuation n'est plus d'aucune utilité ou du moins d'une utilité restreinte. Dans ce cas, il convient de résilier le bail (2). Ou bien, un locataire mobilisé ou non mobilisé, en temps de guerre comme en temps de paix, qui occupe des locaux à usage d'habitation ou appropriés à son commerce, dont la crise a diminué les ressources ou les profits, pourrait demander une réduction de son loyer ou une suspension du paiement (3). Si cette diminution des ressources ou des profits n'est pas de caractère temporaire, le contrat de bail pourrait être résilié, à moins qu'une prorogation de sa validité ne soit nécessaire (4).

2° Des contingences identiques peuvent se rencontrer à propos des baux à ferme, qui ne diffèrent des baux à loyers que par l'objet du louage. Tandis que les premiers se rapportent à un bâtiment, les seconds sont relatifs à une

1) Voir : VOIRIN (Pierre), thèse précitée, p. 259.

La jurisprudence civile s'est efforcée d'étendre les dispositions de l'art. 1722 du Code civil relatif à la destruction totale ou partielle de l'immeuble, due à un cas fortuit, à cette diminution ou à cet empêchement de jouissance qui ne résulte pas d'une destruction matérielle de l'immeuble, en y appliquant sous une forme déguisée, la théorie de l'imprévision. — Voir : Trib. paix, Paris (VII^e), 27 janvier 1871, D. 1871.3.6 et S. 1871.2.102 ; — Trib. civ. Seine, 29 septembre 1871, D. 1871.2.183 ; — Caen, 13 juillet et 14 décembre 1871, S. 1872.2.235 ; — Douai, 20 décembre 1871, D. 1871.3.111 ; — Paris, 23 décembre 1871, D. 1871.2.225 ; — Angers, 2 janvier 1872, S. 1873.2.22 ; — Trib. civ. Remiremont, 19 décembre 1872, S. 1873.2.28 et D. 1873.3.64 ; — Nancy, 7 juin 1873, D. 1874.1.159 ; — Poitiers, 12 juillet 1915, S. 1916.2.1 ; — Trib. civ. Seine, 14 mai 1915, Gaz. Trib. 1915.2.20 ; — Grenoble, 12 juillet 1916, S. 1916.2.89.

2) Dans ce sens : La loi du 9 mars 1918 ; — le décret du 29 septembre 1939.

3) Voir : La loi du 19 mars 1918 ; — la loi du 12 juillet 1933 ; — le décret du 16 juillet 1935 ; — le décret du 29 septembre 1939.

4) Voir : La loi du 18 août 1936.

terre cultivée. Ils ont été réglementés par les lois spéciales d'après-guerre, notamment par celles des 9 juin 1927 (majoration du fermage), 8 avril 1933 (réduction du fermage) et 2 juillet 1935 (réduction) et par le décret du 29 septembre 1939 (résiliation, réduction, délais de grâce).

3° Le bail à cheptel de fer, consistant en la location de la terre avec les animaux s'y trouvant qui sont considérés comme immeubles par destination indispensables à la conservation de l'exploitation rurale, a donné lieu à maintes reprises à l'intervention de la théorie de l'imprévision (1).

§ 3 : Louage de services

Par louage de services, on entend généralement les contrats de travail et les contrats d'entreprise.

1° Dans un contrat de travail, il n'y a non plus de spéculation ni de la part de l'employé, ni de la part de l'employeur, bien que la nature du contrat exige une certaine durée dans le temps. C'est un contrat purement commutatif. Le salaire a pour mesure le coût de la vie et la quantité de travail par jour. La quantité de travail a pour mesure le taux du salaire.

Si le coût de la vie augmente dans une proportion qui ne permet pas à l'ouvrier d'être satisfait avec son salaire primitif, celui-ci doit être majoré en conséquence. Il en est de même si la quantité de travail à fournir par l'ouvrier s'accroît (les heures de travail sont multipliées). Toutefois, s'il est payé à l'heure, le taux du salaire ne changera pas dans ce dernier cas ; cela ne se produira que s'il est payé par jour, par semaine ou par mois.

Cependant, il est une différence à faire entre ces deux situations. La nature n'en est pas la même. Ce n'est que la première qui est revêtue d'un caractère imprévisible au sens habituel. La seconde peut également être imprévue, mais elle est un peu spéciale, parce qu'elle est attachée à la notion d'entreprise. La première est la conséquence directe d'un événement extracontractuel : la hausse du coût de la vie. La seconde est occasionnée par un fait de l'employeur. Bien que celui-ci puisse y être forcé par des circonstances

1) Voir les détails *infra*, p. 350 et suiv.

venant du dehors (par exemple, la nécessité de fabriquer davantage pour la Défense nationale en temps de guerre), c'est lui qui ordonne, par sa volonté unilatérale, la prolongation de la journée de travail. Dans un cas comme dans l'autre, la majoration du taux du salaire est la conséquence de l'imprévision. Cependant, les causes de cette majoration ne sont pas pareilles. Dans le cas de hausse du coût de la vie, c'est la hausse elle-même. En conséquence, elle est dictée par la destination essentiellement alimentaire du salaire. Si le taux de celui-ci restait le même, l'ouvrier n'aurait plus assez de ressources pour vivre (1). Obligé de continuer à travailler quand même, une grande partie de son travail profiterait gratuitement à l'employeur : il bénéficierait de la hausse du coût de la vie aux dépens de l'employé, en augmentant les prix de ses produits et en n'augmentant pas, dans la même proportion, ses frais de revient, et cela grâce à la situation subordonnée de l'ouvrier qui est obligé de travailler désormais comme avant sans avoir en échange une rémunération suffisante. — Dans le cas de prolongation de la journée de travail, la cause de la majoration du salaire est le fait de l'employeur. A première vue, ce serait un cas qui constitue une obligation d'indemnité en raison de l'inexécution du contrat par la volonté unilatérale, plutôt qu'un cas d'imprévision. En réalité, il n'en est rien, parce que cette modification apportée au contrat est imposée par une raison majeure qui est inhérente à la notion d'entreprise. Le sort de l'entreprise n'est pas lié uniquement aux intérêts personnels du patron, mais aussi aux intérêts vitaux, économiques et sociaux, de la Nation (2). Par conséquent, le patron est obligé, lorsque besoin en est, de conformer la direction de son entreprise aux nécessités de la Société. Il ne s'agit donc pas là d'un fait dont il est responsable. La nécessité de la majoration du salaire n'est pas, dans ce cas, aussi vitale pour l'ouvrier que dans le cas de hausse. Elle est imposée par le caractère commutatif du contrat de travail : à un travail supplémen-

1) Nous n'envisageons que l'ouvrier non-qualifié.

2) Voir sur la notion d'entreprise : HAURIU (Maurice), *Principes de Droit public*, 1910, p. 212 ; — GOUNOT (Emmanuel), *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, thèse, Dijon, Paris, 1912, p. 289-306.

taire doivent correspondre des salaires supplémentaires (1).

Si, par contre, le coût de la vie a notablement baissé ou si le chiffre d'affaires de l'entreprise a considérablement diminué pour une cause qui n'est pas imputable à l'employeur (une crise économique, une dispersion de la clientèle du fait de la guerre), c'est l'employeur qui peut se prévaloir de la théorie de l'imprévision. Dans le premier cas, il peut demander une réduction du salaire. Dans le second, les sanctions qu'il peut solliciter sont plus nombreuses : la réduction du salaire ou le congédiement d'une partie de ses employés, c'est-à-dire la résiliation du contrat de travail. Pour les contrats à durée indéterminée, il peut résilier le contrat par sa volonté unilatérale, sans avoir besoin de recourir à l'intervention du juge. Pour les contrats à durée limitée, il peut demander soit la réduction du salaire, soit la rupture du contrat, le résultat sera toujours le même : la résiliation, car si le salaire réduit devient trop infime, c'est l'ouvrier qui demandera la résiliation (2). La révision du contrat en faveur de l'employeur est dictée, elle aussi, par le caractère commutatif de cette catégorie de contrats. Si l'employeur était tenu de payer le même salaire à ses ouvriers, malgré l'imprévision qui l'accable, il risquerait d'encourir la ruine de son entreprise. Alors, on ne peut pas l'exposer à ce péril, car son entreprise n'est pas une institution de bienfaisance.

2° Un contrat de louage d'industrie ou d'entreprise, nonobstant son caractère quelque peu aléatoire, peut être sujet aux sanctions de la théorie de l'imprévision. Ce type de contrat se différencie d'un contrat de travail en ceci : dans un contrat de travail, l'ouvrier est sous la direction du patron ; il ne vend que son travail ; la matière à façonner est fournie par le patron. Dans un contrat d'entreprise, l'entrepreneur (*locator*) est, d'une part, indépendant du maître (*conductor*) et, d'autre part, est tenu de fournir la matière première (3). Par exemple, un entrepreneur qui

1) Cpr. le fait de l'employeur au fait de l'Administration en Droit administratif. — Voir *supra*, p. 79-80.

2) Voir l'affaire des ateliers de couture, *infra*, p. 347 et suiv.

3) Nous ne prenons que cette variété de louage d'industrie. Il y en a aussi où la matière est fournie par le maître.

s'engage à effectuer à un prix forfaitaire la réfection de la façade d'une maison doit le faire par son travail personnel ou par le travail des autres, en le payant, et acheter, en plus, de la couleur nécessaire à peindre. Le prix auquel il a consenti est basé sur le coût de la main-d'œuvre et celui de la marchandise. Si, par suite d'un événement imprévu (mobilisation, révolution, guerre, grève générale), la main-d'œuvre se raréfie de telle façon que son coût double ou triple, ou si le prix de la matière première renchérit au-delà de toute prévision possible, la résiliation, la suspension ou la réduction pour cause d'imprévision peuvent être sollicitées par l'entrepreneur (1).

Quant à la situation du maître, dans le cas inverse, il en est de même. Elle est favorisée, du reste, par le Code civil. L'art. 1794 dit : « Le maître peut résilier, par sa simple volonté, le marché à forfait, quoique l'ouvrage soit déjà commencé, en dédommageant l'entrepreneur de toutes ses dépenses, de tous ses travaux, et de tout ce qu'il aurait pu gagner dans cette entreprise ». Il est bien entendu que cette faculté accordée au maître n'est pas prévue pour un cas d'imprévision, car le Code civil, comme nous le verrons dans la seconde partie de la présente étude, est hostile à notre théorie. Elle n'a pu être prévue que pour un cas d'imprudence commise par le maître dont les ressources ont diminué sans qu'il se soit rendu compte de cette éventualité probable lors du contrat. La résiliation sollicitée, dans ce cas, par le maître, n'est pas favorable seulement aux intérêts de celui-ci, mais encore à ceux de l'entrepreneur, parce que si le premier ne la demandait pas, le second ne pourrait pas être payé intégralement au moment de la terminaison de son ouvrage (2). Alors, si le maître peut résilier le contrat pour cause d'imprudence, il pourrait le faire, à plus forte raison, pour cause d'imprévision, en ce cas, dans des conditions différentes, sans doute (3).

1) Comp. avec les concessions de travaux publics du Droit administratif, *supra*, p. 80-81.

2) Cons. : COLIN et CAPITANT, t. II, p. 648, n° 719.

3) Mais cette solution ne devrait pas être cherchée dans le Code civil.

§ 4 : Prêt de consommation et prêt à intérêt

En principe, la théorie de l'imprévision peut intervenir dans les contrats de prêt de consommation ou de prêt d'argent à intérêt en cas de variations monétaires, de baisse ou de hausse de la valeur de l'argent constituant l'objet du contrat, en faisant subir une réduction ou une augmentation du montant de la somme due aux créanciers (1). Cependant, elle peut y intervenir également au cas de crise économique, sans que la valeur de l'argent soit changée, pour alléger le poids des dettes pesant sur les débiteurs. Si la crise est temporaire, on peut octroyer des délais de grâce ou des moratoires pour l'acquittement, comme l'ont fait les lois des 25 mars 1936 et 20 août 1936. Si la crise n'a pas l'air de disparaître en peu de temps, on peut accorder une réduction soit du principal, soit du montant de l'intérêt accru ou de son taux. Dans le cas où, du fait de l'abondance momentanée des capitaux, le taux de l'intérêt conventionnel a baissé, on peut autoriser les débiteurs qui ont contracté leurs dettes en temps de prospérité à s'en acquitter par anticipation, en empruntant à un intérêt moins élevé que celui auquel ils seraient obligés d'emprunter au terme convenu (2). Enfin, lorsque certains créanciers ont été atteints par les mesures favorables à leurs débiteurs et qu'eux-mêmes sont des débiteurs d'emprunts (par exemple, les propriétaires d'immeubles dont les loyers auront été réduits), pourront bénéficier d'une réduction du montant de leurs dettes ou des intérêts.

Parmi les sanctions de la théorie de l'imprévision, il y en a une qui ne peut aucunement être prononcée à propos de cette catégorie de contrats : c'est la résiliation, avec ou sans dommages et intérêts. Elle est incompatible avec la nature de ces contrats qui sont d'abord des contrats réels : l'exécution totale de la part du créancier a déjà eu lieu au moment de la formation du contrat et ne peut être effacée ; et, d'autre part, même si l'on pouvait prononcer la résiliation avec indemnité, ce ne serait qu'une condamnation à exécution avec réduction de la part du débiteur : l'indem-

1) Voir *supra* sur les contrats portant sur une somme d'argent et spécialement contrats de prêt de consommation, p. 36-63.

2) Voir : La loi du 16 juillet 1935.

nité consisterait en une somme d'argent, et c'est justement l'objet qui a été dû.

§ 5 : Assurance

Les contrats d'assurance sont tous de caractère aléatoire. De prime abord, on penserait que la théorie de l'imprévision doit en être exclue. Mais, à la réflexion, il faut distinguer les éléments qui y sont aléatoires de ceux qui ne le sont pas, et, la distinction faite, la situation se présente tout différemment. Qu'est-ce qui est aléatoire, par exemple, dans un contrat d'assurance sur la vie ? C'est la longévité ou la brièveté de la vie de l'assuré. Si la durée de la vie est très longue, c'est l'assureur qui en profite, car il touchera plus de primes qu'il ne versera de capital ou de rente. Si la vie est brève, ce sera l'assuré, c'est-à-dire ses héritiers qui en profiteront. Mais le chiffre des primes à payer par l'assuré et du capital à verser par la compagnie d'assurance ne sont pas aléatoires. Partant, en cas de baisse de la monnaie au moment du décès de l'assuré, le montant du capital n'ayant plus la même valeur que lors du contrat, les héritiers ou les tiers bénéficiaires de l'assurance seraient en droit d'en demander la majoration. Pour un cas inverse, la compagnie pourrait en demander la réduction.

Même l'élément aléatoire pourrait parfois être pris en considération. C'est lorsque la base des calculs de l'assureur a été, par l'effet d'un événement imprévisible, complètement renversée (1).

§ 6 : Rente viagère

Dans une rente viagère, qui est aussi un contrat essentiellement aléatoire, il faut distinguer les éléments aléatoires de ceux qui ne le sont pas.

Prenons pour exemple un célèbre écrivain qui a contracté une rente viagère avec un éditeur en lui cédant son droit d'auteur durant sa vie moyennant une rente viagère payable par mensualités. Il n'écrit plus et le revenu de ses

1) Voir : l'affaire des Compagnies d'assurance contre le risque du tirage au sort, *infra*, 343 et suiv.

œuvres est pour lui la seule ressource pour vivre. Survient une baisse de la monnaie. L'éditeur augmente le prix des livres de l'écrivain. En échange, il verse une somme infime à ce dernier, somme qui ne lui permet plus de vivre. Ne serait-il pas alors en droit de demander une majoration ? Dans le cas inverse, ce droit appartiendrait à l'éditeur, car ce qui est aléatoire dans ce contrat, c'est la durée de la vie de l'écrivain et non pas les prestations réciproques (1).

1) Voir *supra*, p. 27-28.

DEUXIÈME PARTIE

**Fondement juridique
de la théorie de l'imprévision**

Jusqu'ici nous avons traité exclusivement du côté technique du problème de l'imprévision. En exposant son étendue dans les différentes matières du Droit civil et, particulièrement, dans celle des contrats, nous avons tracé les limites de son champ d'application. En donnant, ensuite, sa définition que nous avons tout de suite décomposée en ses éléments constitutifs en les suivant un à un d'un commentaire détaillé ; en énonçant, enfin, les diverses sanctions qu'il peut y avoir dans la pratique et en l'envisageant dans son fonctionnement concret dans un certain nombre de contrats usuels, nous avons présenté ainsi un édifice de la théorie de l'imprévision. Cependant, bien que nous nous ayons souvent référé à des textes du Code civil et à des lois postérieures au Code, comme à des arrêts de la jurisprudence, nous n'avons pas eu l'occasion de toucher au problème du fondement juridique de notre théorie, c'est-à-dire à la question de savoir si cette théorie a une base légale ou plutôt juridique ou, dans le cas où elle en est dépourvue, si elle ne repose que sur des préceptes simplement moraux n'intéressant pas directement le droit. Comme cette question est d'une importance essentielle, car l'existence même de notre édifice en dépend, nous allons lui consacrer cette Deuxième partie tout entière. L'on pourrait peut-être nous reprocher de construire avant d'avoir examiné le terrain de notre bâtiment. Mais si nous avons fait ainsi, ce n'était que pour rendre plus facile à suivre la discussion doctrinale qui va se dérouler : la théorie de l'imprévision étant exposée dans tous ses détails au point de vue *de lege ferenda*, c'est-à-dire telle qu'elle devrait être, elle va maintenant être soumise à un procédé d'éclaircissement par voie de textes légaux, d'arrêts de jurisprudence et de raisonnement d'ordres divers (historique, économique, logique, sociologique) pour vérifier la possibilité de son existence *en droit*. Alors, pour pouvoir être éclaircie, il faut bien que la construction soit faite auparavant.

Le problème du fondement juridique de notre théorie n'est autre que de savoir s'il y a quelques textes formels dans le droit civil positif français la consacrant ou, à défaut de textes, une règle juridique quelconque (la coutume, par exemple) ou bien, si aucune règle de droit ne s'en occupe, si elle n'est pas en elle-même susceptible d'inviter le juge à l'admettre par voie de la libre recherche scientifique, faculté qui a toujours appartenu *de facto* au juge.

Pour résoudre ce grave problème, il faudrait l'envisager dans les deux phases principales qu'il a traversées au cours de son histoire. La première est celle qui englobe la période qui va de 1804, date de la promulgation du Code civil, à la période de 1914-18, date de l'intervention législative en faveur de la théorie de l'imprévision dans certaines matières de droit civil, période caractérisée par le règne absolu du Code Napoléon, et la seconde commençant par la guerre mondiale et s'étendant jusqu'à nos jours, période dite interventionniste.

Avant l'intervention législative concernant notre théorie, c'est-à-dire pendant le régime exclusif du Code civil, le problème était plus aigu qu'il n'est aujourd'hui. La question se posait alors de savoir s'il fallait ou s'il ne fallait pas admettre la théorie de l'imprévision. La nécessité sociale l'imposait, mais aucun texte légal ne la consacrait. Tout dépendait du juge. Et s'il avait introduit cette institution nouvelle en Droit civil, il aurait pris sur lui le rôle du véritable législateur, du véritable créateur du droit nouveau. Aurait-il dû le faire ?

A partir de la guerre de 1914, où le régime des moratoires fut établi, suivi d'une intervention constante de la part du législateur dans la matière des contrats commerciaux, des contrats de louage, de vente de fonds de commerce, des contrats de travail, etc... qui n'a cessé d'être pratiquée jusqu'à nos jours, l'envergure du problème est grandement restreinte. La théorie de l'imprévision est désormais admise, introduite, en droit civil. Il n'est plus utile de discuter sur ce point. La seule question à se poser à présent est de savoir si le juge pourrait intervenir dans les cas où les textes sont muets, ou s'il doit, au contraire, rester inactif en l'absence d'une règle générale, d'une règle de principe relative à l'imprévision.

Suivant la distinction ci-dessus, nous diviserons nos développements ultérieurs en deux parties : 1^o celle qui vise la période d'avant l'intervention législative, période de l'empire du Code civil, et 2^o celle qui englobe la période interventionniste.

La première contiendra l'étude de la théorie de l'imprévision : d'après les principes généraux du Code civil ; — d'après les textes spéciaux du Code civil ; — d'après la jurisprudence civile.

La seconde aura pour objet : l'énoncé de quelques lois récentes sur la théorie de l'imprévision ; — l'appréciation critique de cette mesure législative.

CHAPITRE PREMIER

THÉORIE DE L'IMPRÉVISION ET CODE CIVIL

TITRE PREMIER

Aperçu historique sur la doctrine et la jurisprudence au sujet de la théorie de l'imprévision

Avant de passer à l'examen du rapport entre les préceptes juridiques du Code civil et la théorie de l'imprévision, il convient d'esquisser l'historique de la question au cours des siècles qui ont précédé la codification du Droit moderne, remontant jusqu'aux sources les plus lointaines du Droit romain, afin de démontrer l'existence d'une assez longue tradition de notre théorie, fait qui nous permettra d'en tirer un argument de plus en faveur de la nécessité de cette institution juridique, avant même qu'elle ne soit consacrée dans un texte formel de loi.

L'idée d'imprévision n'est pas une idée aussi récente qu'on le pense à l'habitude. On la fait remonter ordinairement à la guerre de 1914-18, alors que l'économie de la plupart des contrats fut tellement bouleversée que le besoin de l'intervention de notre théorie s'est fait sentir avec une nécessité immédiate pour sauver d'innombrables contractants menacés d'être complètement ruinés par l'effet du principe poussé à l'extrême du respect de la foi jurée. Mais ce n'était que la renaissance d'une idée fort ancienne, aussi ancienne, pouvons-nous dire, que le droit même.

Nous allons maintenant passer en revue le Droit romain, le Droit canonique, l'Ecole des Glossateurs et Postglossateurs, comme l'Ancien droit français, pour voir quelles étaient les conceptions de la Doctrine à ce sujet et s'il y avait des applications de cette notion par la Jurisprudence.

1. — Les premiers contours de la théorie de l'imprévision étaient ébauchés, avec beaucoup d'hésitations d'ailleurs, par certains textes du Droit romain de l'ère chrétienne.

Le *Droit romain*, vu son caractère formaliste et, par conséquent, remarquablement rigide, avait prescrit pour toutes sortes de contrats le principe du respect absolu des engagements (*Hoc servabitur quod initio convenit, legem enit contractus dedit ; — contractus legem a conventionem accipiunt*) (1), principe que le Code civil lui emprunta directement par son art. 1134. Le débiteur ne pourrait point être libéré de l'exécution de sa prestation à cause de la survenance d'un événement imprévu après la conclusion du contrat, si cet événement ne pouvait être qualifié de cas de force majeure défini comme un obstacle insurmontable et imprévisible (*quod humana coepto praevideri non potest, nec cui praeviso potest resisti*) (2). Donc, la théorie de l'imprévision était, en principe, inconnue en Droit romain, et si nous parvenons à trouver quelques vagues textes dans le Digeste en sa faveur, ce ne sont que des expressions d'opinion d'une école qui ne faisait pas autorité dans ce droit (3). Ces opinions particulières ne représentent même pas une doctrine bien élaborée ni précise, mais des dispositions d'espèce et de cas. De plus, parfois les auteurs manquent totalement de certitude et de fermeté dans leurs affirmations, en sorte que l'on ne sache pas s'ils sont pour ou contre la théorie de l'imprévision. Ainsi, PAUL, qui dans un de ses textes pose une règle de principe pour l'interprétation des contrats susceptibles, d'après leur nature, d'être atteints par l'imprévision : « *In stipulationibus id tempus spectatur quod contrahimus* » (4), le nie dans deux autres. Dans le premier, il dit qu'une obligation est éteinte quand survient une situation dans laquelle elle

1) *Dig.*, L. 23, *De regul. jur.* ; — *D.*, L., et 6, *Depositi* ; — *D.* 50. 17, 23.

2) VINNIUS, *Part. Juris.*, lib., 2, cap. 64.

3) Dans ce sens : BRUZIN, thèse précitée, p. 87 ; — BOMSEL, *La théorie de l'imprévision en Droit civil français*, thèse, Paris, 1922, p. 13 ; — Comp. GIBOULOT (Antoine) Note au *Dalloz.*, 76.1.193 ; — CAPITANT, Note au *Dalloz.*, 1917.2.33.

4) *D.* L. 17, *De dir. reg. j. ant.* f. 144.

n'aurait pu naître, en ajoutant que « cela n'est point vrai toujours » (1). Et dans le second : qu'il n'est pas rare qu'une fois l'obligation constituée, elle subsiste, même s'il survient un cas qui se soit opposé à sa naissance (2).

Un peu plus énergiques sont les textes de MARCELLUS et d'AFRICANUS, également dans le Digeste. Le premier, en examinant les stipulations conditionnelles et les diverses hypothèses de leur résolution, dit que « surtout selon l'opinion de ceux qui pensent que les obligations régulièrement constituées sont résolues lorsqu'elles retombent dans un cas où l'on n'aurait pas pu les établir » (3). Quelle doit être la nature de ce cas, il omet de le dire. AFRICANUS traite aussi d'un cas particulier. Il imagine l'hypothèse suivante : quelqu'un a stipulé qu'une somme serait payée à lui ou à Titius. Si Titius ne change pas de condition, le paiement qui lui est fait est valable. Mais s'il a été adopté, s'il a été envoyé en exil, s'il a subi l'interdiction de l'eau ou du feu ou s'il est devenu esclave, le débiteur ne peut plus se libérer entre ses mains : la stipulation est censée contenir cette clause tacite : si Titius reste dans le même état (4). — Bien que plus précises que celles de PAUL, ces deux propositions ne sont pas non plus d'une grande utilité pour la théorie de l'imprévision : la première s'occupant des stipulations conditionnelles et la seconde d'un cas de *capitis deminutio*, de l'incapacité juridique survenue postérieurement à la stipulation et empêchant la réception valable de l'objet de la stipulation de la part de l'incapable. Ni dans l'un ni dans l'autre cas, il ne s'agit de situation imprévisible à notre sens, c'est-à-dire d'un changement de circonstances économiques qui ont servi de base au contrat.

C'est tout ce qu'on peut dire de la théorie de l'imprévision en Droit romain. De ces quelques opinions personnelles, on ne peut tirer rien d'important pour notre théorie et, surtout, on ne pourrait jamais affirmer que ce droit

1) D. XLV, 1, *De verb. oblig.* fr. 140.

2) D. L., 17, *De div. reg. jur. antiqui*, fr. 81, 1.

3) D. XIV, 1, *De verb. oblig.*, fr. 98.

4) D. XLVI, 3, *De solutionibus et liberationibus*, fr. 38.

était incliné à l'admettre. Au contraire, il serait plus juste de dire que le Droit romain l'ignorait.

Tandis que le Droit romain lui était défavorable, la philosophie romaine a montré un intérêt très vif pour notre théorie, et l'on peut remarquer qu'elle doit remercier cette philosophie de son développement futur, notamment de celui que l'on trouve en Droit canonique.

Nous nous contenterons de citer quelques phrases de CICÉRON et de SÉNÈQUE, deux des représentants les plus remarquables de la philosophie romaine. CICÉRON, dans son livre *De officiis* enseignait : « Il ne faut donc pas tenir les promesses qui seraient funestes à ceux qui les ont reçues, et si un engagement vous apportait plus de préjudice que d'avantage à celui envers qui vous l'avez pris, il ne serait pas contre le devoir que l'intérêt le plus grand passât avant le moindre » (1). Et SÉNÈQUE, à son tour, dans *De beneficiis* : « Je n'aurai trahi mon engagement, on ne m'accusera d'infidélité que si, toutes choses étant dans le même état qu'au moment de mon obligation, je manque à l'exécuter ; ...un seul point changé me laisse libre de délibérer de nouveau et je me dégage de ma parole ; ...tout doit être dans le même état que lorsque je t'ai promis pour que tu puisses dire que tu as ma parole » (2).

Eminents moralistes tous les deux, dont l'esprit pénétra dans les coins les plus subtils de l'âme, comme celui d'amitié, de bienfaisance, de devoir, ils ont donné, avec ST-THOMAS D'AQUIN dont la philosophie était toute imbue de la leur, bien que chrétienne pas excellence, le support éthique suffisant à la théorie de l'imprévision, support qui lui restera pour toujours. La chrétienté qui qualifia le manquement à la foi jurée de péché, n'a pourtant pas hésité à reconnaître que si ce manquement à la parole provient du fait d'un événement inattendu qui change du tout au tout la base de l'engagement, la parole ne lie plus et si on ne la tient pas, on n'a pas menti, on n'a pas commis de péché. — On n'est donc pas fondé à nous dire aujourd'hui que la législation moderne intervenant dans des situations contractuelles au nom de l'imprévision est « détestable », « intolérable », s'éloignant « de la loi morale » et mena-

1) L. I, *cap.* X. et L. III, *cap.* 25,

2) L. IV, *cap.* 34 et 35,

cant de faire « sombrer la civilisation » (1). L'opinion de ceux qui ont posé la pierre angulaire de cette civilisation nous donne assez de garantie que l'imprévision n'est pas seulement compatible avec notre civilisation chrétienne, mais qu'elle en est le résultat normal et est tout à fait conforme aux principes fondamentaux du Christianisme (2).

1) Voir : JOSSERAND (Louis), *Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats*, Revue trim. de Droit civil, 1937, p. 1-30 ; — DU MÊME AUTEUR, *Un ordre juridique nouveau*, D. H., Chronique, p. 41-44 ; — *Cours de Droit civil positif français*, t. II, n^{os} 404, 1257 et suiv. — Dans le même sens : CAPITANT, *Le régime de la violation des contrats*, D. H., Chronique, p. 1-4 ; — RIPERT (Georges), *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris, 1936, p. 451, n^o 224.

2) La valeur morale a été reconnue à la théorie de l'imprévision, une fois de plus, par l'Ecole du Droit naturel (au 18^e siècle), dont les fondateurs étaient les publicistes HUGO GROTIIUS et le baron de PUFENDORF. En l'admettant au nom du Droit naturel, cette école n'y voyait pas seulement une nécessité sociale imposant cette institution juridique, mais aussi un impératif de caractère hautement moral, car, on le sait bien, tous les droits dénommés naturels (on les énumérait à l'ordinaire) étaient considérés comme étant attachés à la personne des individus et ayant leur fondement juridique dans la conscience morale unique et immuable dans toutes les époques et dans toutes les sociétés humaines. Ainsi, dans son fameux livre *De jure belli ac pacis*, où l'on est habitué à chercher les origines du Droit international public moderne, HUGO GROTIIUS, en refusant en principe et admettant en exception notre théorie, écrit comme suit : « On demande, ici encore, si les promesses renferment par elles-mêmes cette condition tacite : que les choses demeurent dans l'état où elles sont ? Pour moi, je dis que non, à moins qu'il ne soit de la dernière évidence que cette raison, dont nous avons parlé, qui seule a pleinement et efficacement déterminé à s'engager, a une liaison nécessaire avec l'état présent des choses... Un autre indice qui oblige à excepter certains cas, comme ne s'accordant point avec la volonté de celui dont on explique les paroles, c'est lorsqu'en s'attachant scrupuleusement aux termes, il résulterait de là quelque chose non pas à la vérité d'illicite en soi et à tous égards, mais qui, à en juger équitablement, serait trop dur et insupportable, soit eu égard à la constitution de la nature humaine en général, soit en comparant la personne et la chose, dont il s'agit, avec le but même de l'engagement... En toute sorte de préjudice qui peut revenir au promettant de l'exécution de ses engagements ne le dispense pas de les tenir ; mais il faut que le préjudice soit tel que la nature même des engagements donne lieu de présumer qu'il était tacitement

Sans la prétention d'établir une doctrine juridique, et restant strictement dans le domaine de l'éthique, cette manière de voir des deux philosophes-moralistes romains, nous prouve, comme l'a bien dit M. BRUZIN, que l'idée d'imprévision s'instaure plutôt dans la conscience morale que dans la conscience juridique (1).

2. — En *Droit canonique* (12^e et 13^e siècles), sous grande influence de la philosophie de Cicéron et de Sénèque, les opinions de Grâtien, de Bartolomeo de Brescia et de Saint-Thomas d'Aquin, principaux auteurs dans cette période ecclésiastique du Droit, ne diffèrent sur aucun point de celles des deux philosophes romains. — Le *Décret de Grâtien*, ouvrage le plus ancien, jouissant d'un grand prestige pendant tout le cours du Moyen-Age et étant adopté comme la base de l'enseignement de l'Ecole de Bologne, parce qu'il était un recueil raisonné des canons des conciles, des Décretales, des extraits des Pères, du *Liber Diurnus* et du Droit romain, — contient en quelques traits l'opinion que nous connaissons déjà : il n'y a ni duplicité ni mensonge à ne pas tenir sa promesse, lorsque quelque

excepté ». En commentant, à la fin, les passages de Cicéron et de Sénèque, il en reprend un de Cicéron, celui où Cicéron disait : « En un mot, toutes choses doivent être dans le même état qu'elles étaient lorsque j'ai promis, pour que l'on soit en droit d'exiger l'effet de ma promesse », il conclut en ajoutant l'observation suivante : « Toutes choses, c'est-à-dire selon la nature même des engagements dont il s'agit, comme nous l'avons expliqué un peu plus haut » (HUGUES GROTIUS, *De jure belli ac pacis*, lib. II, chap. XVI, § 25 et suiv., Groningue, 1729. — Dans les mêmes termes, mais dans une forme plus énergique dans la partie défavorable à notre théorie, la discute le baron de PUFENDORF (Voir : PUFENDORF, *De jure naturale et gentium*, Amsterdam, 1734, lib. 5, chap. XII, § 20 et suiv.).

La doctrine moderne est presque unanime sur ce point. Contentons-nous de citer les ouvrages de M. le Doyen RIPERT et de M. Jean DABIN, émettant les opinions les plus autorisées, qui accordent d'une manière expresse la valeur morale à la théorie de l'imprévision. (Voir : RIPERT, *La règle morale...*, précité, p. 137 et suiv. ; — DABIN, *La philosophie de l'ordre juridique positif, spécialement dans les rapports de droit privé*, précité, p. 478).

1) BRUZIN, *op. cit.*, p. 91.

changement imprévu rend son exécution dangereuse (1). — Plus précise et au point de vue juridique plus importante que le Décret, car elle s'exprime en langage de droit, est la *Glose* sur le Décret écrite par Bartolomeo de BRESCIA, qui, commentant les exemples énoncés aux textes, note : « Donc il y a toujours lieu de sous-entendre cette condition, si les choses sont demeurées dans le même état (*Ergo semper subintelligitur haec conditio, si res in eadem statu manserit*) ». Il est d'intérêt à mettre accent que la *Glose* considère la théorie de l'imprévision comme une *condition résolutoire* de l'effet du contrat, conception que nous allons rencontrer six siècles plus tard dans la doctrine de WINDSCHEID et de ses disciples. — SAINT-THOMAS D'AQUIN dans sa *Somme Théologique* continue dans la même voie que ses prédécesseurs : « Celui qui promet une chose, s'il a l'intention de faire ce qu'il promet, ne ment pas, parce qu'il ne parle pas contre sa pensée. Mais s'il ne fait pas ce qu'il a promis, alors il paraît commettre une infidélité par là même qu'il change de dessein. Cependant, il peut être excusable... si les conditions des personnes et des choses sont changées. Car, comme le dit Sénèque, pour qu'un homme soit tenu de faire ce qu'il a promis, il faut que toutes les circonstances soient restées les mêmes. Autrement, celui qui a fait la promesse n'a pas été menteur, parce qu'il a promis ce qu'il avait dans l'esprit, en sous-entendant les conditions légitimes ; il n'est pas non plus infidèle en ne remplissant pas sa promesse, parce que les conditions ont changé. Ainsi, l'Apôtre n'a pas menti en n'allant pas à Corinthe où il avait promis d'aller, parce qu'il en a été empêché par des obstacles qui sont survenus » (2).

3. — L'Ecole des *Glossateurs* (12^e et 13^e siècles), école des premiers commentateurs du Droit romain, n'a rien ajouté à la conception existante : l'idée d'imprévision n'y apparaît même pas, sauf dans un cas particulier dans un texte de NERATIUS qui rapporte lui-même une solution de SERVIUS (3). Rien n'est mentionné non plus dans la

1) *Gratiani Decretum*, 2^e partie. *Causae de Negotiis*, Causa 22, *Quaestio* II, *epist.* K. Basileae, 1493.

2) *Summa theologica Sancti Thomae Aquinatis*, II part., II *sect.*, *Quaestio* CX., art. 3.

3) D. 12, 4, *De condic. causa data causa non secuta*, 8.

Grande Glose, définitivement rédigée par ACCURSE.— Pourtant, malgré cette attitude des professeurs et des jurisconsultes, nous pouvons trouver, déjà à cette époque, des applications de la théorie de l'imprévision par la pratique, fait extrêmement important qui mérite d'être souligné. Deux décisions de la jurisprudence de cette époque-là nous sont conservées dans l'édition de Cologne (1570) des « *Selectae quaestiones juris* », nous fournissant des solutions fort curieuses. La première, relative au paiement d'une redevance pour la location d'un emplacement dans le but d'y bâtir un moulin, déclare qu'il y a lieu de décider que la redevance cesse d'obliger le débiteur si le moulin est emporté par une crue du fleuve, en se basant expressément sur le principe « *quae de novo emergunt, novo indigent auxilio* » (1). La seconde se rapportant, elle aussi, à un contrat de louage, admet que lorsque certaines circonstances viennent à se modifier, le locataire peut ne plus être tenu au paiement du loyer, « *quia tacita intelligitur inesse conditio, si in eadem statu duraverit* » (2).

4. — Les *Postglossateurs* ou *Bartolistes* (14^e au 16^e siècle), à la différence des *Glossateurs*, commencent à s'intéresser très vivement à notre théorie, et lui ont donné un réel essor. C'est au premier chef le fondateur de l'école BARTOLE, qui, s'étant inspiré du fragment de NERATIUS au Digeste, fragment que nous avons déjà cité et qui était, en fait, tout à fait étranger à la question, en a déduit une règle générale que voici : toute renonciation à un droit que l'on a, que l'on peut avoir ou que l'on pourrait avoir, doit être interprétée comme contenant la clause « *rebus sic se habentibus* » (3). — Ses disciples, BALDE et Jason de MAYNO, donnent à l'idée d'imprévision une nouvelle extension, en la généralisant. Ainsi, BALDE, dans son commentaire du Digeste, expliquant le dit texte de Neratius, l'applique non seulement aux renonciations, comme son maître, mais à toute la théorie de la promesse : celle-ci ne conserve sa force obligatoire que sous réserve du maintien de l'état de

1) *Selectae Quaestiones juris*, p. 129.

2) *Selectae Quaest. jur.*, p. 50 et suiv.

3) BARTOLI a Saroferrato *omnium juris interpretum antesignani Commentaria*. Tome II, in *Secundam Digesti Veteris Partem*, p. 40, Venetiis, 1602.

fait — « *quia rebus sic se habentibus loquimur, et sic promissiones intelliguntur rebus sic se habentibus* » (1). JASON de MAYNO va plus loin encore. D'après lui, la théorie englobe tous les actes de volonté en général, la clause « *rebus sic se habentibus* » étant sous-entendue dans les lois, les dispositions de dernière volonté, les contrats et les déclarations de renonciations (2).

5. — En *Ancien droit français*, la théorie de l'imprévision n'attire l'attention des auteurs qu'à la fin du 16^e siècle, et c'est la seule période d'avant la promulgation du Code civil où l'on puisse trouver quelques traces de notre théorie. Le 16^e siècle nous a légué deux grands noms en matière d'imprévision : ANDRÉ ALCIAT et TIRAQUEAU.

ANDRÉ ALCIAT, dans ses *Opera omnia*, spécialement dans son traité *De praesumptionibus*, enseignait qu'en matière de contrats la clause « *Rebus sic stantibus* » n'a pas d'effet, sauf dans un cas exceptionnel : lorsque survient quelque événement imprévu, tel que les parties n'ont pu envisager son éventualité (3). De son côté, TIRAQUEAU, commentant la loi « *si unquam* » au Code, 8,55, *De revocandis obligationibus*, indique que les renonciations et les serments sont entendus « *rebus in eadem statu manentibus* », et, à la rubrique 167, déclare que la règle est générale, en s'étendant à tous les actes et à toutes les dispositions. — « *Et hoc quidem perpetuum est in omnibus actibus et dispositionibus ut scilicet semper intelliguntur rebus sic stantibus* » (4).

Les autres auteurs français de cette époque : CUJAS et DONEAU, sont presque muets sur le problème de l'imprévision, surtout le premier. DONEAU a tenté de concilier les textes de Marcellus et de Paul, mais il a perdu de vue le caractère de généralité qui avait été déjà attribué à la ques-

1) *In Secundam Digesti Veteris Partem*, Venetiis, 1599. — Voir son : *In decretalium volumen commentaria*, Venetiis, 1595, p. 256, *caput Quemadmodum, de jurejurando*.

2) JASON de MAYNO, *In II part. Dig. veteris*, Ludguni, 1582, at L. 8. D. XII, 4.

3) ALCIATI ANDREAE, *Opera omnia*, t. IV, colonne 774, Basi-leae, 1582.

4) ANDREAE TIRAQUELLI, *Regii in curia Parisiensi Senetores Commentarii in lege si unquam C. de revocandis donationibus*, Ludguni, 1587, n^{os} 130, 166, 167.

tion par les Postglossateurs, par André ALCIAT et TIRAQUEAU.

De même aux 17^e et 18^e siècles, DOMAT et POTHIER, qui ont inspiré les rédacteurs du Code civil, ne se prononcent pas davantage sur l'imprévision. Voici comment on peut expliquer ce silence des anciens jurisconsultes français : au moment où ils ont écrit, la situation générale du pays offrait une stabilité au moins apparente, exclusive de tous changements imprévus et brusques. Tout au contraire, l'anarchie régnait en Italie et en Allemagne, où de soudains changements économiques donnaient à la théorie de l'imprévision un fort grand intérêt, et ce surtout en Italie (1).

1) Voir : BOMSEL, thèse précitée, p. 16. — La Doctrine et la jurisprudence italiennes, ont continué à la fin du 16^e et au cours du 17^e siècles le chemin déjà tracé par les bartolistes et ont donné des résultats beaucoup plus féconds que celles en France de la même période. — La fin du 16^e et le 17^e siècles marquent deux grands noms dans la doctrine italienne, les cardinaux MANTICA (mort en 1614) et de LUCA (1614-1683). Le cardinal MANTICA a exposé ses conceptions sur le problème qui nous intéresse dans son ouvrage *De tacitis et ambiguis conventionibus, Liber secundus, tit. III*, n^{os} 91 et s., et surtout dans le *Liber tertius, tit. XV*, n^o 25, qui a pour rubrique : « *Quemadmodum lecitae et ambiguae conventiones* », où il a construit une notion de théorie de l'imprévision ayant les mêmes éléments constitutifs que celle de l'époque actuelle, notion que voici : lorsque le contrat contient une lésion énorme après sa conclusion, par suite d'un événement imprévu, il doit être résolu ou modifié, pourvu que ce contrat soit aux prestations successives ou au temps à venir et qu'il entraîne un préjudice public. (Presb. Card. MANTICA, *Vaticanae Lucubrationes de tacitis et ambiguis conventionibus in libros viginti septem disperditae, auctore Francisco T.T.S. Mariae de populo S.R.E.*, Coloniae Allobrogum, 1625). — La doctrine du cardinal de LUCA est présentée dans son ensemble dans « *De regalibus* », tome II, Disc. XLII, n^{os} 9 et 10 : Les contrats doivent être interprétés au temps de leur conclusion, et si surviennent quelques événements qui viennent d'augmenter ou de diminuer la valeur de l'engagement, il ne faut pas tenir compte de ceux qui sont peu importants, mais de ceux qui affectent le contrat d'une injustice considérable. En ce cas-là, le contrat doit être rescindé. Sa théorie est d'autant plus intéressante qu'elle est le résultat d'une étude du phénomène de l'imprévision dans les contrats particuliers, tels que : les donations, la constitution de dot, le bail emphytéotique. (Voir : Jean-Baptiste de LUCA, *Theatrum veritatis et justitiae*, Ludguni, 1697).

Mais, bien que la doctrine de cette époque soit muette sur le problème de l'imprévision, les praticiens et les tribunaux l'ont bien connu. On a conservé notamment une décision du 2 mars 1634 du Parlement de Grenoble rapportée par Nicolas Chorier, avocat au même Parlement, dans laquelle nous trouvons l'admission intégrale de notre théo-

Les efforts de ces deux auteurs nous sont précieux ; ils ont délimité tout d'abord le champ d'application de la théorie de l'imprévision à une catégorie déterminée de contrats, à savoir les contrats ayant une certaine durée, contrats dont l'exécution est successive et les contrats à terme (*contractus qui habent dependentiam de futuro, qui habent aliquid futuri, qui habent tractum successivum*). Ils ont donné ensuite le critère à l'intervention de notre théorie : elle ne peut produire effet que lorsque l'exécution du contrat entaché de l'imprévision entraîne un préjudice tel qu'il constituerait une injustice flagrante. Et, enfin, ils nous ont indiqué les sanctions qui peuvent en découler : la résiliation ou la modification du contrat, selon les circonstances. En outre, le cardinal Mantica attribue à notre théorie un qualificatif théorique : la *lésion subséquente*, qualificatif que nous rencontrerons plus tard dans la doctrine moderne. Ces idées ont été appliquées maintes fois par les tribunaux ecclésiastiques de l'époque, et précisément par la Rote romaine. Parmi les arrêts cités par de LUCA, *Le Recueil des décisions de la Rote*, notamment *dec.* 782, part. II, tome II du 12 décembre 1611 et *dec.* 523, part. IV, tome III du 22 mars 1624, on trouve des attendus rédigés de la sorte : « *Clausula rebus in eadem statu permanentibus intelligitur in contractu vel alia dispositione* » ; « *Cum contractus habeant hanc tacitam conditionem, rebus in eadem statu permanentibus* » ; « *Dispositio quaelibet intelligitur, rebus sic stantibus* » ; etc. (Voir : *Sacrae rotae romanae decisiones recentiores in compendium redactae, cum adnotationes Pauli Rubei*, Roma, 1696).

Même au cours du 19^e siècle, la jurisprudence italienne n'a pas été sans donner de nouvelles preuves de son attitude favorable à la théorie de l'imprévision, bien qu'elle fût et soit encore, sous le régime du Code civil de 1866, tout à fait pareil au Code civil français (l'art. 1123 du Code civil italien, qui parle de la force obligatoire des conventions, correspond à l'art. 1134 du Code civil français, et l'art. 1124, relatif à la force majeure et au cas fortuit, correspond à l'art. 1148 du Code civil français). Ainsi : la Cour d'Appel de Parme, le 8 mai 1855 (*Giur. Ital.*, 1855, XXII, p. 577) décide qu'un contrat de location de longue durée doit être résilié s'il conduit « à des conséquences exorbitantes de l'intention des contractants ». — La Cour d'Appel de Venise, le 16 avril 1895 (*Giur. Ital.* 1895, I, 2, 305), déclare que les contrats qui « *tempus habent successivum* » s'entendent stipulés « *rebus eodem statu manentibus* » et cite Bartole et Mantica. —

rie de la part de la jurisprudence civile. Vu le grand intérêt que cette décision représente pour nous, étant une réalisation parfaite de l'idée d'imprévision, réalisation dont on a tant rêvé au cours de la seconde moitié du siècle précédent et au début du siècle actuel, nous allons la présenter au lecteur telle qu'elle nous a été léguée par celui qui la rapporte, en extrait bien entendu :

La Cour de cassation de Turin, le 19 novembre 1898 (*Giur. Ital.* 1899, I, 1, 22) soutient que les parties ne sont pas liées « *ad non cogitata* ». — La même cour, le 16 août 1900 (*La legge*, 1900, II, 800), dans un cas presque identique à celui soumis à la Cour d'Appel de Parme en 1855, affirme à nouveau que dans les contrats « *qui habent dependentiam de futuro* » le changement de circonstances imprévu peut entraîner la résolution du contrat. — La Cour d'Appel de Florence, le 3 mai 1914 (*Riv. di dir. commerc.*, 1915, 2, 148) décide que dans un contrat de longue durée concernant un service de transport postal, la clause « *rebus sic stantibus* » est sous-entendue, comme dans tous les contrats « *qui habent tractum successivum* » et que « *voluntas non porrigitur ad incogitata* ». Etc.

Succédant à la doctrine de Grotius et de Pufendorf, la science juridique allemande l'a continuée au cours du 18^e siècle, en étendant ou en restreignant le champ d'application de notre théorie, selon les auteurs. A titre de démonstration et très brièvement d'ailleurs, nous allons en citer quelques-uns parmi les plus connus : Henri COCCEI est d'avis qu'il faut étendre l'application de la théorie de l'imprévision à tous les actes juridiques, mais il ajoute, en limitant son étendue juste là où son extension est la plus nécessaire, qu'en matière de conventions, elle est le moins importante. (Voir : HENRICI de COCCEI, *Exercitationum curiosarum libri duo*, Lemgoviae, 1722, vol. II, p. 286-313). — LEYSER est plus large ; il écrit : « *Omne pactum, omnis promissio rebus sic stantibus intelligenda est* » et que les contrats ne sont plus tenus « *si tanta incidat mutatio, ut non amplius pristina rerum faciet supererit, atque promissor, si eam providisset, pacturus non fuisset* » (Voir : De LEYSER, *Specim.* 40, *De Meditationibus ad. Pandeetas*, vol. I, au livre II, titre 14, *De pactis invalidis, meditatio IV*, et *Specim.* 520, vol. VII au livre XLV, 1, *De tacit. condict. rebus sic stantibus, med. I-V*). — KOPP (*Dissertatio inauguralis de clausula rebus sic stantibus secundum jus cum naturale tum civile*, Marburg, 1750, p. 23 et s. — Pfaff, § 6) et EBERHARD (*Von der Clausel rebus sic stantibus*, dans *Drei Abhandlungen zur Erläuterung des deutschen Rechts*, Frankfurt und Leipzig, 1769 — Pfaff, § 7) sont d'opinion intermédiaire entre ces deux ; tandis que WEBER, avec ZEILLER *Natürliches Privatrecht*, Wien, 1802) parlent déjà de l'« abus de ce brocard » : *rebus sic stantibus* ; ayant peur de ruiner la confiance dans les promesses par l'admission illimitée de cette

Il s'agissait d'un litige entre le demandeur : Noble Denys de Salvaing, Seigneur de Boyssieu, Conseiller du Roy, Orateur de Sa Majesté vers le Pape et Lieutenant Général au siège Présidial de Grézivodan, propriétaire du four banal de Vouray, — et les défendeurs : les consuls et les habitants de Vouray, devant le dit tribunal. — Le four banal de Monsieur Boyssieu a fait cuire le pain à tous les habitants de Vouray pour une somme annuelle de trois sous et demi par chaque personne de dix ans ou plus âgée « jusques à ce que la cherté des choses étant aug-

clause, WEBER lui réserve une place tout à fait modeste ; il exige que, pour être pris en considération, le changement survenu concerne une circonstance essentiellement requise par la nature du contrat ou par l'expresse intention des parties, telle que, si elle ne se réalise pas, le contrat manque manifestement son but (*Wegfallt*). (Voir : *Systemat. Entwickl. der Lehre von der natürl. Verbindlichkeit und deren gerichtl. Wirkung*, Leipzig, 1re éd. 1784 et 5e 1825, § 90, p. 345 et s. — Pfaff, § 9). Von RONNE, RÖDER, Von GROS, STHAL, se prononcent contre. (Consulter pour plus de détails sur eux, OTETELISANU, *Etude sur le cas fortuit et la force majeure et la théorie de l'imprévision*, Bucarest, 1929).

La doctrine allemande, étant en principe favorable à notre théorie, n'est pas restée sans écho dans la pratique, et ce non seulement dans la pratique jurisprudentielle, comme en Italie, mais, en plus, dans la pratique législative, ce qui est d'une importance considérable, car c'était la première fois que la théorie de l'imprévision recevait sa consécration par un texte de loi, en forme de règle générale, fait qui ne s'est réalisé que presque deux siècles plus tard par le Code civil polonais. — L'œuvre de codification qui s'élaborait à cette époque dans les pays germaniques a eu pour résultat l'apparition en un demi-siècle de trois codes : le Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis de 1756, le Code civil prussien de 1794 et le Code Général pour l'Empire d'Autriche de 1811, qui reconnaissent, les deux premiers complètement et le troisième dans un cas particulier seulement, la légalité de notre théorie. Voici leurs textes :

1° Le *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis*, à la 4e partie, chap. 15, dispose dans le § 12, sous la rubrique : « De la perte ou de la mutation de la chose » : « Par le changement de la chose, l'obligation n'est éteinte que dans les circonstances suivantes : 1°... 2°... 3° Toutes les obligations renfermant en elles d'une manière tacite la clause « *Rebus sic stantibus* », de semblables obligations sont éteintes par le changement de la chose telle qu'elle est comprise dans l'obligation, mais seulement sous trois conditions : a) que le changement ne soit imputable ni à la demeure, ni à la faute, ni au fait du débiteur ; — b) qu'il n'ait pas été facile à prévoir ; — c) qu'il soit de telle nature que si par avance le débiteur avait prévu pareilles modifications, il

mentée, Noble Pierre de Salvaing aurait été sur le point de tirer en instance les habitants du dit lieu, pour l'augmentation de la dite redevance annuelle ». La cherté étant survenue plus tard, les parties firent une nouvelle convention, le 20 janvier 1566, aux termes de laquelle la redevance fut augmentée à quatre sous et demi. Cependant, au moment de l'action en justice, une nouvelle cherté avait surgi, et le demandeur proposa aux défendeurs une seconde transaction pour réaugmenter la redevance parallèlement au nouveau coût des matières premières, mais ils refusèrent. Noble Seigneur Denys de Salvaing se pourvut à la Cour par requête, en soutenant que depuis la dernière convention, les bois et les autres choses étaient tellement renchérissés, que la cote de 4 sous et demi s'est trouvée insuffisante pour l'entretien

ne se serait, d'après le sentiment impartial et honnête de personnes raisonnables, jamais engagé. Si ces conditions sont réunies, il reste à décider juridiquement si l'obligation doit être entièrement éteinte ou doit être adaptée au changement survenu ».

2° Le *Code Général pour les Etats prussiens*, cette œuvre considérable de plus de 17.000 articles, et dont les rédacteurs se sont inspirés de la grande règle de Bacon : « *Optima lex qui minimum judici dat* », énumère néanmoins parmi les causes de dissolution des contrats, le changement imprévu de circonstances. Le titre 5 de la Première Partie dispose : « Les contrats sont dissous... 3° Pour changement de circonstances :

§ 377. Hors le cas d'une impossibilité réelle, l'exécution d'un contrat ne peut, dans la règle, être refusée à cause d'un changement de circonstances.

§ 378. Mais si, par un tel changement imprévu, il devenait impossible d'arriver au but expressément déterminé ou qui résulte de la nature de l'affaire pour l'une ou l'autre parties, chacune d'elles pourra revenir sur le contrat non encore rempli.

§ 379. Une partie, dans ce cas, ne peut exiger un dédommagement de l'autre que lorsque le changement de circonstances est produit par l'acte libre de ce dernier.

§ 380. Si, par changement de circonstances, le but de l'une des parties déterminé d'une manière expresse, ou clairement indiqué par la nature de l'affaire, se trouvait entièrement annulé, elle peut revenir sur le contrat ».

3° Le *Code civil général pour l'Empire d'Autriche* ne donne qu'une place très restreinte à notre théorie, rien qu'en matière d'avant-contrats, de « *pacta de contrahendo* ». Il prescrit dans son art. 936 la disposition suivante : « La stipulation par laquelle on convient de conclure un contrat dans l'avenir n'est obligatoire que lorsqu'on a déterminé l'époque de la conclusion ainsi que les conditions principales du contrat et que les circonstances n'ont pas changé dans l'intervalle de manière à ce que le but expressément déterminé ou résultant des circonstan-

du dit four, et qu'à cette considération, les habitants doivent être condamnés à une augmentation des droits de fournage, suivant l'estimation qui en serait faite par experts, ou bien s'ils ne le veulent pas, ils doivent faire une déclaration par laquelle ils renoncent à la banalité du dit four, en reprenant leur pleine liberté d'aller cuire leurs pains où bon leur semblerait.

Les plaidoyers des deux avocats des parties en litige méritent toute notre attention, car nous y rencontrerons des points théoriques qui sont toujours d'actualité.

L'avocat du demandeur, Maître de Langes plaida comme suit : la somme primitivement fixée était suffisante à l'heure du contrat ; aujourd'hui, après le changement des prix, elle ne l'est plus. Le contrat, conclu en 1566, il fallait l'entendre, comme tous les autres, avec cette condition tacite « *rebus sic stantibus* », parce que cela correspondait à l'intention des parties, intention qui n'avait pas été d'obliger les seigneurs bannerets de ce four de l'entretenir à leurs frais, mais d'obtenir une somme suffisante pour en faire la dépense. Dans cette promesse de faire cuire les pains, qui « *erat quaedam locatio operarum* », les pertes qui arrivent par cas fortuit doivent être réparées de « bonne

ces ait été rendu impossible ou, encore, que la confiance de l'une ou de l'autre partie se trouve détruite... ».

En conclusion, la législation germanique, adoptant la théorie de l'imprévision, pose les conditions suivantes à son application : 1) il faut un changement de circonstances en vue desquelles les parties se sont engagées lors du contrat (§ 12 du Code Maximilien bavaïrois ; § 377 du Code prussien ; § 936 du Code civil autrichien) ; — 2) que ce changement ne soit imputable ni à la demeure, ni à la faute, ni au fait du débiteur (§ 12 a) du C.M.B., § 379 du C. c. p.) ; — 3) qu'il n'ait pas été facile à prévoir (§ 12 b) du C. M. B., § 378 du C. c. p.) ; — 4) qu'il ait rendu l'exécution du contrat extrêmement onéreuse pour l'une ou pour l'autre des parties ou qu'il ait fait manquer le but du contrat, de telle sorte que si, par avance, elles avaient prévu de telles modifications, elles ne se seraient jamais engagées (§ 12 c) du C. M. B., §§ 378 et 380 du C. c. p.). Les conditions réunies, le contrat sera résilié (§ 12 c) du C. M. B., §§ 378 et 380 du C. c. p., § 936 du C. c. autr.) ou adapté au nouvel état de choses, c'est-à-dire révisé (§ 12 c) du C.M.B.) — Comme on le voit, cette législation lointaine ne cède sur aucun point à l'élaboration toute moderne de la théorie de l'imprévision que nous nous sommes efforcé de présenter dans la Première partie du présent travail, suivant les résultats les plus récents de la doctrine, de la jurisprudence et de l'œuvre législative. Par conséquent, la législation germanique pourrait très bien servir de modèle à une élaboration législative de notre théorie de la part du législateur moderne en forme d'une règle générale, telle que celle du Code civil polonais, par exemple (art. 269. — Voir : *infra*).

foi ». Il n'y a rien de plus fortuit, en effet, que l'enchérissement survenu. La sagesse des hommes peut prévoir beaucoup moins que les changements et altérations des temps réalisent, et toutes justes furent les paroles du Fils de Dieu à ce sujet, quand il disait à ses disciples : « *Non est vestrum nosse tempora, neque momenta, quae Pater posuit in sua potestate* »... Les contrats doivent toujours être réduits à l'équité, comme il est décidé formellement en cette Loy singulière *Cum quidam D, de usuris* (D. XXII, 1, *De usuris* etc., 17), où le jurisconsulte Paulus dit sur la fin : *Divus Marcus Fortunato ita rescripsit : Praesidem provinciae adi, qui stipulationem, de cujus iniquitate quaestus es, ad modum iuste exactionis rediget* ». Les privilèges mêmes des Princes, dont l'autorité doit être plus forte que celle des contrats privés, sont pourtant réduits à l'équité, lorsque le temps vient à les rendre iniques... A l'appui, il cite d'abord les Docteurs, et parmi d'autres, Jason *in l. quominus num.* 144, D. *de flum.*, qui mettent pour règle générale « *quod ferme generalis et indefinitis non trahitur ad futura, quando resulterat magnum prejudicium* » ; puis, un ancien arrêt du Parlement de Paris de l'an 1254, par lequel, les bois étant enchéris et la dépense surpassant le profit, le seigneur du four fut reçu à déguerpier et quitter la banalité ».

Maitre Hugon, avocat des défendeurs, plaida à son tour : La difficulté avait reçu sa solution définitive à la suite de la transaction de l'année 1566. « Au principal, cette transaction n'avait pas été faite pour le temps qu'elle fut passée, mais pour l'avenir et *ut futuris daret formam negotiis*... Cette sorte de contrat regardant l'avenir *erat velut factus retis* et les parties avaient bien pensé que le prix des choses ne demeurerait pas toujours au même état. Si toutes les fois que le prix des bois et des autres choses augmenterait, il fallait rescinder les transactions, il en faudrait toujours faire de nouvelles, ce qui serait ne rien faire » (argument le plus employé à l'heure actuelle). D'autre part, on ne pouvait parler d'abandonner la banalité, parce que ce serait contre l'intérêt public (conception qui interviendra dans l'arrêt de l'affaire du Gaz de Bordeaux).

La Cour rendit sa décision au profit du demandeur et en faveur de notre théorie : elle « condamne les consuls à payer la suite et droits de fournage en espèce à la cote qui serait estimée par les experts, si mieux les dits consuls n'aimaient accepter les offres du demandeur, dépens compensés » (1).

Vingt ans avant la Révolution et le Code civil, qui fut son œuvre, le problème de l'imprévision préoccupait les cerveaux des professeurs et jurisconsultes français, qui

1) La jurisprudence du célèbre conseiller et jurisconsulte Guy Pape, dans ses décisions, par M^e Nicolas Chorier, 1692, Livre II, Section 12, *Des droits seigneuriaux, féodaux et emphytéotiques*, art. 17.

n'hésitaient pas à lui donner la place qu'il méritait dans la théorie des contrats. Ainsi, DUNOD DE CHARNAGE, professeur des droits canonique et civil à l'Université de Besançon, l'admettait pour le cas de chute de la monnaie, phénomène qui l'intéressait particulièrement. « J'ai vu, a-t-il dit, quelques deniers promis par des titres anciens pour la nourriture des corvéables. Ces deniers suffisaient dans le temps qu'ils étaient promis, mais à présent les corvéables seraient obligés de travailler à leurs frais, quoiqu'ils ne soient pas engagés à le faire » (1). De même, Jean-Joseph JULIEN, avocat et professeur à Aix, envisageant le cas de concession féodale de *censive*, qui disait : « J'estime encore que dans un pareil cas, si la taille devenait plus forte que la *censive* ou la rente foncière réservée dans le bail, celui qui a promis de payer la taille pour le tenancier en doit être quitte en abandonnant la *censive* ou la rente perpétuelle, lorsqu'il n'y a pas eu de plus grands avantages stipulés dans l'acte d'aliénation... » (2). Tous les deux s'exprimaient en des termes presque identiques, que l'équité demande que le contrat qui a un trait successif soit adapté aux circonstances, lorsque la suite des temps le rend injuste, lorsque l'état des choses est tellement changé que l'ancienne convention, eu égard au temps présent, devient inique.

De ce bref exposé de la théorie de l'imprévision à travers les siècles précédant l'époque de la Révolution et le Code Napoléon, nous pouvons tirer une double conclusion d'une utilité considérable pour la thèse que nous allons soutenir en parlant de la légalité de cette théorie en Droit moderne :

1° La philosophie morale de Cicéron et de Sénèque et l'Eglise catholique (Saint-Thomas d'Aquin, cardinaux Mantica et de Luca, pratique des tribunaux ecclésiastiques, notamment celle de la Rote romaine), comme l'Ecole du Droit naturel, facteurs qui se trouvent à la base des princi-

1) DUNOD DE CHARNAGE, *Traité des prescriptions, de l'aliénation des biens d'église et des dîmes, suivant les droits civil et canon, la Jurisprudence du Royaume et les usages du Comté de Bourgogne*, 1774, 3^e éd., Paris, Part. III, chap. XI, « De la prescription des droits seigneuriaux ».

2) J. J. JULIEN, *Nouveau commentaire sur les statuts de Province*, Aix, Tome II, p. 36 et 37, n° 5.

pes chrétiens dont notre civilisation occidentale est toute pénétrée, donnent un soutien moral inébranlable à la théorie de l'imprévision.

2° Les applications de l'idée d'imprévision par la jurisprudence de l'Ancien droit nous garantissent suffisamment que la théorie de l'imprévision n'est pas en contradiction avec l'ordre et la sécurité dans les affaires ; elle n'a pas tué la confiance dans les contrats, elle ne leur a pas enlevé leur valeur et leur utilité pratique. Ceci dit, il faut toutefois faire une petite réserve à cet égard. L'Ancien droit français, qui n'était pas uniforme comme il l'est de nos jours, mais comprenant des coutumes générales et locales, des lois romaines et canoniques, ordonnances, règlements, statuts, et, ne disposant pas d'une Cour de cassation, n'offrait pas la même stabilité dans le commerce juridique que le Droit moderne. L'Ancien droit était souvent guidé par le sentiment personnel des juges et par l'équité, notion vague et mal définie, errements qui aboutissaient très fréquemment à l'arbitraire. D'où la révolte bien connue contre la jurisprudence des parlements s'exprimant en célèbre mot : « Dieu nous préserve de l'équité de nos Parlements » !

Dans l'ordre théorique, nous avons pu constater que le fondement de notre théorie a été cherchée dans l'intention des parties contractantes, intention non exprimée, tacite et toujours sous-entendue dans le contrat : on ne s'obligeait que sous cette condition tacite : que l'état de choses ayant servi de base au contrat au moment de sa passation, reste le même. Cette idée, ainsi que nous l'avons vu, était exprimée de différentes façons, comme : « *In stipulationibus id tempus spectatur quod contrahimus* » (Paul) ; — « *Semper subintelligitur haec conditio, si res in eadem, statu manserit* » (Bartolomeo de Brescia) ; — « *Quae de novo emergunt, novo indigent auxilio* » (Selectae quaestiones juris) ; — « *Rebus sic se habentibus* » (Postglossateurs) ; — « *Rebus in eadem statu manentibus* » (Aldiat) ; — « *Voluntas non porrigitur ad incogitata* » (Jurisprudence italienne au 19^e et au début du 20^e siècle). Mais la formule habituelle, entrée en usage au 16^e siècle dans la doctrine française et adoptée par les doctrines italienne et allemande et par les tribunaux, est la clause tacite « *Rebus sic stantibus* ». Sous

ce nom, notre théorie est traitée même de nos jours en Droit international public (1) ; en Droit interne, elle est connue plutôt sous le nom d'imprévision, nom qui lui a été donné au cours de la guerre de 1914-18 par la juridiction administrative. Ainsi, la doctrine moderne a presque abandonné l'idée de chercher le fondement de notre théorie dans l'intention des parties, en lui attribuant un caractère plus objectif qu'elle n'en avait précédemment, un caractère « extracontractuel », comme aime à dire le Conseil d'Etat (2). Pour le moment, nous laisserons de côté ce problème concernant la nature juridique de notre théorie. Nous nous contenterons tout simplement d'en faire mention (3).

*
**

TITRE II

Section A

PRINCIPES GÉNÉRAUX DU CODE CIVIL ET THÉORIE DE L'IMPRÉVISION

Le Code civil français de 1804 n'a aucune disposition générale ni pour ni contre la théorie de l'imprévision. Sur ce point, il est complètement silencieux. Que signifie ce silence ? Est-il hostile, indifférent ou favorable à notre théorie ? C'est une question d'interprétation.

La réponse à ces questions peut-elle résulter de la simple lecture des textes du Code ?...

1) Voir *supra*, p. 87-99.

2) Il est pourtant quelques auteurs modernes qui fondent la théorie de l'imprévision en Droit civil sur la clause « *Rebus sic stantibus* », comme : WAHL (Albért), *Le droit civil et commercial de la guerre*, ouvrage précité ; — SERBESCO (S.), *Effets de la guerre sur l'exécution des contrats*, dans *Revue trim. de dr. civ.*, 1917, p. 349 et s. ; — BOMSEL, thèse précitée ; — MAGNAN de BORNIER (J.), *Essai sur la théorie de l'imprévision*, thèse, Paris, 1934.

3) Pour plus de détails sur l'histoire de la théorie de l'imprévision, consulter : ROUBIER (Paul), *Influence du changement des circonstances sur les contrats*, thèse, Paris, 1914, et BRUZIN, thèse citée.

Si nous ne connaissons pas l'ambiance où le Code est né, les idées philosophiques et économiques qui sont à sa base, la situation sociale et politique antérieure et celle contemporaine de sa promulgation, nous pourrions déduire de ce silence la présence d'une lacune résultant de ce que le législateur a omis de se préoccuper d'un phénomène aussi grave qu'est celui de l'imprévision. En d'autres termes, nous pourrions affirmer que le Code civil est indifférent à notre théorie, en laissant au juge les mains libres et en l'autorisant à l'admettre ou à la rejeter, d'après ce que lui dicterait l'intérêt collectif du milieu social de son époque. A l'appui de cette conclusion, on pourrait invoquer le fait du silence gardé également par DOMAT et par POTHIER, auteurs qui ont inspiré les rédacteurs du Code. Les Travaux préparatoires n'en font pas mention davantage. En raison de tous ces indices, on pourrait croire que l'idée d'imprévision a été tellement loin de l'esprit des rédacteurs du Code de 1804 qu'ils n'ont pris et n'ont pu prendre aucune attitude à son égard, ni pour ni contre.

Mais, nous est-il permis de faire un raisonnement pareil ? Nous pensons que non. — Pour pouvoir saisir la véritable pensée d'un législateur ou plutôt le sens exact d'une loi, surtout lorsque ses textes sont ambigus ou lorsqu'ils ne s'expriment pas sur le problème en question, comme tel est le cas, il ne faut jamais s'arrêter à la lecture pure et simple des textes, parce que toute déduction s'en suivant, quelle qu'elle soit, est forcément et dans tous les cas arbitraire, sinon toujours fausse. Dans notre cas, en ne tenant compte que des textes et indices ci-dessus, nous trouvant devant une lacune formelle de la loi, nous pourrions en tirer deux sortes de conclusions ayant exactement la même valeur, bien qu'étant tout à fait contraire l'une à l'autre : 1° Etant donné le caractère de règle de principe que présente la théorie de l'imprévision, le Code civil, en omettant de se prononcer sur elle, lui est indifférent, et le juge est libre de l'adopter ou de la rejeter ; s'il l'adopte, ce sera en considérant que le Code civil lui est indirectement favorable, du fait qu'il n'interdit pas au juge de l'admettre. — 2° Comme la théorie de l'imprévision représente une exception au principe du respect de la foi jurée, principe solennellement consacré par l'art. 1134 C. c., le Code la

réprouve et la rejette, parce qu'il ne s'en occupe pas : une exception à la règle ne peut pas être admise sans qu'un texte formel de loi le dise.

L'une ou l'autre de ces conclusions contradictoires doit être juste. Mais laquelle ? En les envisageant en elles-mêmes, elles sont justes toutes les deux. Leur exactitude dépend de leurs points de départ, et ces points de départ sont, en logique pure, aussi admissibles l'un que l'autre. Si on prend comme base du raisonnement le postulat que l'imprévision est un principe, une règle, c'est la première qui est exacte. Si on prend pour postulat qu'elle ne peut être qu'une exception à la règle, c'est la seconde. Elles sont justes, parce qu'elles sont logiques avec elles-mêmes. C'est comme le cas des géométries d'Euclide, de Riemann et de Lobatchewsky qui, bien qu'arrivant à des résultats différents et contradictoires, sont toutes exactes, parce que leurs postulats sont différents, et leur construction logique impeccable (1). — Mais, si cela peut se faire en géométrie, en droit c'est un non-sens. Le Code civil est favorable ou défavorable à l'imprévision. Il ne peut pas être les deux à la fois.

Par quels autres moyens, sinon par les textes, pouvons-nous alors connaître sa véritable attitude en face de la question qui nous préoccupe ? Il n'y en a qu'un seul : c'est l'étude des idées directrices : philosophiques, politiques, économiques et sociales de l'époque où le Code civil est né, en les confrontant avec ses textes comme avec les textes d'autres lois fondamentales de la période révolutionnaire. Ainsi, nous aboutirons à découvrir l'esprit du Code, si on peut encore parler de l'« esprit » des lois (2), ou, pour éviter cette personnification qui n'est pas très bien

1) Cons. : De PAGE (Henri), *De l'interprétation des lois*, Bruxelles-Paris, 1925, t. I, p. 82, et t. II, p. 89, note 3.

2) MONTESQUIEU (Charles de Secondat) *De l'esprit des lois*, Amsterdam, 1762. — Même à présent on tient encore ce langage. Voir par exemple l'ouvrage de M. L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, Paris, 1939 ; M. FR. GENY également dans sa *Méthode...*, op. cit., parle de la « pensée » du législateur,

vue de la part de la doctrine moderne (1), nous dirons plutôt : la « matière première » (2), dont il est tissé et les concepts qui en émanent, données qui nous permettront d'y trouver une réponse approximative à la question qui nous intéresse et de donner une interprétation moins arbitraire de la lacune relative à cette question. Pour y arriver, il nous faut examiner les quatre points suivants :

1° Le principe de la Séparation des pouvoirs et la conception de la Loi en dérivant ;

2° L'Individualisme comme entendement de la vie en commun ;

3° L'Economie libérale ; et

4° Les Finances de la Révolution et la Stabilisation du franc.

§ 1^{er} : *Principe de la Séparation des pouvoirs
et Conception de la Loi en 1804*

La Révolution de 1789, en supprimant la Monarchie, lui a substitué la République, c'est-à-dire la Nation. La notion d'Etat est restée intacte. Désormais comme auparavant, l'Etat est souverain. Seulement, cette souveraineté ne réside plus dans la personne du Roi, mais dans celle du Peuple français. Devenu Roi, comment le peuple exerce-t-il ses prérogatives ? Par le pouvoir de légiférer, de faire, c'est-à-dire de voter les lois. La Loi, expression de la volonté autonome du peuple, du « peuple qui ne se trompe point » (3), est élevée à la hauteur d'une autorité infaillible et toute puissante. Il n'y a pas d'autres règles en dehors de celles que contient la Loi. Elle est la seule et l'unique

1) Voir : SALEILLES (Reymond), Préface à l'ouvrage de M. Gény, *Méthode...*, Paris, 1899 ; — DU MÊME AUTEUR : *Le Code civil et la méthode historique*, Extrait du Livre du Centenaire, Paris, 1904 ; — *Méthode historique et Codification*, Estratto dagli Atti del Congresso internazionale di scienze storiche, Roma, 1904. — Van der EYCKEN (Paul), *Méthode positive de l'interprétation juridique*, Brux. — Paris, 1907. — De PAGE (Henri), *op. cit.*

2) Expression empruntée à M. VENIAMIN (Virgil L.), *Essai sur les données économiques dans l'obligation civile*, thèse précitée, p. 452.

3) ROUSSEAU (J.-J.), *Contrat social*, Liv. II, Chap. III, p. 164.

source du Droit. Elle a tout prévu, tout réglé ; elle est complète et jouit d'une plénitude parfaite.

Pour assurer ce règne absolu de la Loi, la Révolution n'a pas oublié d'en organiser les moyens. Et le premier fut le principe de la Séparation des pouvoirs, des « trois » pouvoirs (législatif, judiciaire et exécutif), principe emprunté directement à Montesquieu et indirectement au système anglais. Suivant ce principe, consacré dans toutes les constitutions révolutionnaires (Voir : Const. de 1791, tit. III, chap. V, art. 3 ; Const. du 5 fructidor an III, art. 203) ainsi que dans le Code civil (art. 5) et le Code pénal (art. 125 — 1°), chacun de ces pouvoirs a son domaine exclusif d'action : au pouvoir législatif il appartient d'édicter les lois, au pouvoir judiciaire de les appliquer et au pouvoir exécutif de les exécuter, après qu'elles ont été appliquées. Tout empiétement d'un pouvoir sur un autre est interdit. Le législateur, la juridiction, l'administration, chacun, ne sortant pas de son champ d'action, doit accomplir la tâche qui lui est impartie, et contribuer ainsi, par son apport, au fonctionnement de l'ensemble de l'organisme social. On a dit que ce principe n'était et n'est que la réalisation sur le plan politique du phénomène sociologique de la division du travail social (1). Cette idée n'est point inexacte. Mais nous y voyons aussi une mesure d'ordre politique contre l'état social et l'organisation juridique antérieurs à la Révolution que celle-ci s'était chargée de supprimer, en leur substituant son idéal de la société, fondée sur la liberté et sur l'égalité.

Le droit de l'Ancien régime n'a pas été uniforme sur l'ensemble du territoire français. Il y avait des coutumes, des ordonnances royales, le droit romain, le droit canonique... L'Eglise catholique avait une grande part dans le pouvoir législatif comme dans le pouvoir judiciaire. Les pouvoirs du Roi étaient très étendus : chef du pouvoir exécutif, il avait le droit d'ordonner ; ses ordonnances étaient de véritables lois. En plus, il avait le droit de casser les arrêts de règlements rendus par les parlements « sous le bon plaisir du Roi » et statuant par voie de décision générale et réglementaire. Les parlements, de leur côté, n'ob-

1) Voir : DE PAGE, *op. cit.*, t. I, p. 137.

servaient pas toujours la stricte légalité, en jugeant souvent selon leur sentiment d'équité fort variable (1). En somme, un tel système d'organisation juridique ne garantissait pas assez la sécurité de la personne ni celle des affaires. On pourrait dire que c'était plutôt un régime de l'insécurité. Concentrer tous les pouvoirs entre les mains d'un seul homme, le Roi, c'était vraiment, aux yeux d'un rationaliste du 18^e siècle, un beau moyen de livrer les citoyens à la merci de ses caprices et de ses grâces ! On peut en dire autant du pouvoir judiciaire qui ne se limitait pas à l'application du droit existant, mais qui créait du droit nouveau par voie de dispositions générales. « Dieu nous garde de l'équité des parlements » ! — s'écriait la conscience publique.

Dans cet état de choses, le principe de la Séparation des pouvoirs a établi un régime de l'ordre, de la légalité et de la certitude. Le droit n'est plus dispersé dans de nombreuses sources, alors qu'il était souvent inconnu du peuple et des plaideurs. Il est concentré tout entier dans la Loi, qui est claire, précise et accessible à la connaissance de tout le monde. Cette loi est formulée par un organe qui représente le peuple même et qui ne dispose que par voie de préceptes généraux et abstraits, n'ayant aucune situation particulière devant les yeux. Donc : l'objectivité totale est garantie vis-à-vis de tous. Ni l'origine de naissance, ni la religion, ni la profession, n'ont d'influence sur le législateur : devant la loi tous les citoyens sont égaux. Aucun autre organe, ni l'Eglise, ni le chef de l'Etat, ni le juge, ne jouit du pouvoir de légiférer. C'est une compétence propre et exclusive de la législature. D'autre part, le pouvoir législatif ne doit pas franchir les limites de cette compétence. Notamment, il n'est pas autorisé à statuer sur des cas particuliers, réservés à l'activité de la juridiction, ni à s'occuper de l'exécutif, réservé à celle de l'administration. Aucun des trois pouvoirs ne peut sortir de son domaine d'activité, afin que les droits de l'homme et du citoyen soient le mieux garantis et le mieux protégés possible contre l'arbitraire.

1) Voir : LAURENT (F.), *Principes de Droit civil français*, t. I, 3^e éd., Bruxelles-Paris, 1878, p. 9-16 ; t. XVI, p. 240.

Cette délimitation des compétences entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif n'est pas, dans un système parlementaire, difficile à réaliser : le Gouvernement se recrutant parmi les parlementaires, est sous le contrôle et la surveillance directe et constante du corps législatif. Mais, en ce qui concerne la juridiction, il fallait prendre des précautions spéciales, d'un côté pour la mettre à l'abri de l'influence politique du Gouvernement pouvant se produire à l'occasion de la nomination des juges (principe de l'inamovibilité des juges), et d'un autre, pour l'empêcher d'empiéter sur le pouvoir législatif. Cette seconde mesure nous intéresse particulièrement. Nous la trouvons explicitement énoncée dans l'art. 5 du Code civil, disposant : « Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises ». Ce texte réduit le rôle du juge à la stricte application des règles du Code, à leur concrétisation dans les espèces sur lesquelles il statue, le privant de toute faculté de créer du droit nouveau en cas de silence ou d'insuffisance des textes existants. Pour qu'il ne sorte jamais de ce rôle passif, le législateur lui a imposé la fiction de la plénitude de la loi écrite. Elle doit être considérée de la part du juge comme absolument complète, contenant toutes les solutions nécessaires. La consécration de cette fiction, nous la rencontrons au préambule du Code, dans son art. 4 qui condamne le célèbre *déni de justice* : « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ». Ce précepte a été l'objet d'une vive controverse doctrinale. L'Ecole scientifique contemporaine d'interprétation (1) est encline à y voir une sorte de délégation qu'a accordée le législateur au juge de pouvoir suppléer aux lacunes de la loi et de faire du droit nouveau pour les cas non réglés par lui. L'essentiel dans cette disposition est que le juge ne doit pas refuser de juger. Mais, comment jugera-t-il, se demande cette doctrine, les cas qui ne sont pas prévus ? Il ne peut certes pas appli-

1) L'Ecole s'étendant de 1900 à de nos jours et ayant pour chef M. François Gény. — Voir : GAUDEMET (Eugène), *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, Bâle-Paris, 1935, p. 6-7.

quer la loi qui est muette. En conséquence, pour ne pas être accusé d'avoir commis un déni de justice, le juge est bien obligé de recourir à la libre recherche scientifique lui permettant de résoudre le problème de telle façon que le ferait le législateur, s'il était invité à le trancher lui-même au moment du litige (1). Cette manière de voir, bien que très conforme à la réalité du lendemain du Code civil, n'est pourtant pas admissible ; elle est incompatible avec l'idée initiale du Code, la seule qui compte pour un interprète se plaçant vraiment au point de vue du droit positif. Si le législateur avait voulu dire ce que lui impute la dite école, il n'aurait pas rejeté l'ancien art. 11 du Projet qui énonçait que « dans les matières civiles, le juge, à défaut de la loi précise, est un ministre d'équité. L'équité est le retour à la loi naturelle ou aux usages reçus dans le silence de la loi positive » (2). La conception de l'art. 4, que nous critiquons, va aussi contre le désir du législateur de 1804 d'établir la certitude la plus absolue dans les transactions, désir exprimé, outre l'art. 5 du Code civil, par l'art. 2, consacrant le principe du respect des droits acquis et le principe de la non-rétroactivité des lois. Si cette faculté de faire du droit nouveau avait été reconnue au juge par l'art. 4, les règles qu'il créerait auraient un effet rétroactif sur les faits antérieurs à cette création, et ce serait alors une abrogation de l'art. 2, abrogation concomitante à sa promulgation ! — Cette conception n'est pas conciliable non plus avec les règles sur l'interprétation des lois, règles qui ont été postérieurement abrogées. Se méfiant beaucoup du juge, hanté par le mauvais souvenir des Parlements, le législateur ne voulait pas lui accorder même la faculté d'interpréter les lois. Cette faculté entraînait, elle aussi, dans la compétence du pouvoir législatif. Le Décret des 16-24 août 1790, qui consacrait le principe de la Séparation des pouvoirs, avait jalousement réservé à l'Assemblée Nationale le droit de formuler non seulement toutes les dispositions d'ordre général, mais encore celles qui concernent l'interprétation (tit. II, art. 12). C'était la fameuse

1) Voir : GÉNY, *Méthode*, t. II, p. 31, p. 48. — BONNECASE, *Précis de Droit civil*, Paris, 1927, t. I, n° 89.

2) FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. II, p. 7 et 8.

institution du *référé législatif* qui n'était d'ailleurs pas en très bonne logique avec le principe dont elle était la conséquence, principe de la Séparation des pouvoirs. Pour le protéger d'un côté, le législateur lui a porté atteinte de l'autre ! D'après le Décret des 27 novembre-1^{er} décembre 1790, art. 9¹, al. 2 et la Constitution des 3-14 septembre 1791, tit. III, chap. V, art. 21, — lorsqu'un jugement avait été cassé deux fois, et qu'un troisième tribunal avait jugé en dernier ressort de la même manière que les deux premiers, la question devait être *obligatoirement* soumise au Corps législatif. Ce dernier prenait, en ce cas, un décret déclaratoire auquel le Tribunal de cassation (institué par le Décret ci-dessus) était tenu de se conformer dans son jugement définitif. Sans déroger au principe, la loi du 16 septembre 1807 confia au Gouvernement ou plutôt au Conseil d'Etat l'interprétation par voie d'autorité, atteinte plus grave encore au principe de la Séparation des pouvoirs. — LAURENT l'explique par le fait que le Conseil d'Etat, sous l'Empire, discutait tout seul les projets de lois et que le corps législatif les adoptait sans les discuter (1). Finalement, après une forte atténuation apportée par la loi du 30 juillet 1828, la loi du 1^{er} avril 1837 (art. 4), abrogea l'institution du référé. La cause en était que le référé n'était que très rarement utilisé, surtout par la Chambre législative (2). — Alors, si le législateur ne permettait pas au juge d'interpréter la loi, ce que nous avons constaté, comment peut-on dire qu'il l'autorisait à faire du droit nouveau ?

Notre interprétation de l'art. 4 du Code civil, qui est aussi celle de l'Ecole classique d'interprétation ou de l'Exégèse (3), qui est conforme non seulement à la situation que

1) LAURENT, *op. cit.*, t. I, p. 362, n° 283.

2) Consulter : GÉNY, *Méthode*, t. I, p. 75-76.

3) L'Ecole classique d'interprétation régnait au cours de tout le siècle dernier, en atteignant son apogée vers 1850, dans les ouvrages de Demolombe et d'Aubry et Rau. — Voir : GAUDEMET, *op. cit.*, pp. 5, 35, 40, 56. — Si nous nous rallions ici à l'Ecole traditionnelle, c'est parce qu'elle a le mieux compris l'« esprit » du Code civil. Ce qu'il y a à lui reprocher, c'est d'avoir commis les mêmes erreurs que cet « esprit », c'est-à-dire d'avoir cru que le législateur est le tout puissant, et que la jurisprudence et les autres facteurs sociaux n'ont, par conséquent, rien à faire au sujet de l'élaboration juridique. — Nous reprendrons la critique contre cette école un peu plus tard.

nous révèle la législation de l'époque, mais encore à l'esprit rationaliste, créé et répandu par la philosophie du 18^e siècle et dont la Révolution n'était que la mise en œuvre. Or, comme pour les philosophes-rationalistes, la raison était l'*alfa* et l'*oméga* de toute la vie sociale, omnisciente, pouvant tout expliquer, et omnipotente, pouvant tout créer et tout changer, ils considéraient la loi, œuvre de la Raison, comme la « Raison écrite » (*ratio scripta*), ayant les mêmes qualités que la raison en général. De là, la croyance en dogme que toute loi est parfaite et ne peut avoir de lacunes ; étant la traduction pure et simple du Droit naturel résidant dans la Raison et dans la conscience de tous les hommes — en écrit, elle contient forcément toutes les solutions nécessaires. De la sorte, la Jurisprudence ne peut avoir aucune part dans l'élaboration du droit ; son rôle ne peut être que passif, inactif ; elle n'a qu'à réaliser et à concrétiser ce qu'a dit la loi dans ses formules abstraites. Tout le droit est dans la loi, et la jurisprudence, non seulement ne doit pas, mais elle n'aura même pas besoin de faire du droit nouveau, droit autre que celui qu'a édicté la loi. En agissant autrement, elle « calomnierait » la loi. « Si le texte paraît silencieux à celui qui n'en fait qu'une lecture légère, les principes qu'il établit sont éloquents, pour celui qui a soin de les méditer » (1). Qu'il nous soit permis de citer à titre de démonstration de cette idée un passage de MONTESQUIEU, un des pères intellectuels de la Révolution, passage qui illustre à merveille la conception rationaliste de la loi et du rôle de la jurisprudence : « Les juges de la Nation, a-t-il dit, ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés, qui n'en peuvent modifier ni la force ni la rigueur » (2).

Enfin, pour se faire une idée juste de la conception de la loi en 1804, il ne faut pas perdre de vue que le Code civil

1) PROUDHON, *Cours de Droit civil français*, Dijon, 1810, t. I, p. 60, à propos de l'art. 4 du Code civil.

2) MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, XI, p. 6. — Dans le même sens : ROBESPIERRE à la séance de l'Assemblée constituante du 18 novembre 1790 : « Le mot de jurisprudence doit être effacé de notre langue ; il ne signifie plus rien dans le nouveau régime. Dans un Etat qui a une Constitution, une législation, la jurisprudence des tribunaux n'est autre chose que la loi... » (Séance du 18 nov. 1790).

est sorti de la Révolution. Toute révolution, soit-elle politique ou sociale, a d'habitude une opinion exagérée de sa « haute » mission, en croyant avoir dit le dernier mot de la civilisation, avoir constitué un ordre juridique définitif, qui durera à perpétuité sans le moindre changement ultérieur, et que l'évolution ou plutôt la transformation de la société va s'arrêter là où la révolution a pris fin. Il en a été de même avec la Révolution française de 1789. Il y a eu un certain enivrement, une dose de romantisme, d'orgueil révolutionnaire et de mégalomanie... Le Code civil était le premier dans son genre qui parut en Europe. Il y avait avant lui, le Code civil bavarois de 1756 et le Code prussien de 1794, mais ils n'étaient pas comparables au Code civil français. Il a unifié tout le droit français si divergent jusqu'alors. Ni d'Aguesseau ni Colbert n'avaient pu réussir à le faire. Or, le Code civil fut un miracle du nouveau génie français... Comment oser y toucher, comment oser douter de sa perfection ? — Le personnage du Premier consul et futur empereur Napoléon, qui avait toute l'initiative pendant l'élaboration du Code, contribua beaucoup à cette illusion. On se souvient des mots qu'il prononça en apprenant l'apparition du premier volume du commentaire du Code civil par MALEVILLE, en 1805, une année après la promulgation du Code : « Mon Code est perdu ! » Ce commentaire était pourtant bien modeste et impersonnel, presque médiocre, son auteur, soucieux de s'effacer, lui avait donné l'humble titre d'« Analyse raisonnée de la discussion du Code civil » (1), mais Napoléon considérait tout l'effort personnel d'interprétation comme une idéologie subversive et un principe d'anarchie, dressé contre la stabilité et l'ordre qu'il croyait avoir fixés pour toujours (2). Napoléon n'était d'ailleurs pas le premier qui se comporta ainsi. Il suivait, inconsciemment peut-être, l'exemple de ses prédécesseurs, les grands codificateurs de l'histoire. Ainsi, Justinien, lorsqu'il acheva sa compilation, crut que la science du droit était arrivée à son apogée. Il édicta à ce sujet ses fameuses constitutions, proclamant son œuvre législative parfaite, interdisant tout commentaire privé, réduisant les juges à

1) MALEVILLE, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil*, 4 vol., 1805 à 1821.

2) Comp. GAUDEMET, *op. cit.*, p. 13.

une fonction presque mécanique, et réservant à l'empereur seul l'interprétation des doutes qui viendraient à surgir sur le sens des lois (C. 1, § 2 ; C. 2, § 21 ; C. 3, § 21, C. *De veteri jure enucleando*, 1, 17 et C. 12, § 1, C. *De legibus*, 1, 14). Joseph II d'Autriche et Frédéric II de Prusse firent de même (1).

Cette première donnée relative au principe de la Séparation des pouvoirs et à la conception de la Loi et du rôle de la Jurisprudence tels que la Révolution se les est représentés, nous laisse libre d'en tirer la conclusion suivante, concernant le rapport du Code civil avec la théorie de l'imprévision :

La Loi est censée complète tant que le législateur ne la modifie ou ne la complète pas. Le juge n'a qu'à l'appliquer telle qu'elle, sans rien y ajouter. S'il surgit quelque différend dont la loi n'a pas prévu la solution, le juge a le droit de réfuter les prétentions du demandeur. Par conséquent, la théorie de l'imprévision, n'ayant pas été l'objet des préoccupations du législateur de 1804, doit être considérée comme un domaine auquel le juge ne doit pas s'intéresser. Il repoussera tout simplement la demande tendant à reviser, rescinder ou proroger le contrat en question comme mal fondée, en se prononçant pour le maintien du lien contractuel tel qu'il est initialement établi par les contractants, en vertu de l'art. 1134 du Code civil. — Mais, ne pourrait-on pas dire que le juge irait de la sorte contre la lettre de l'art. 4 du Code civil, en commettant un déni de justice, grief que pourrait nous adresser l'Ecole contemporaine ? Car, en repoussant la prétention du demandeur parce que la loi ne lui donne ni satisfaction ni tort, le juge refuse de juger... Il n'est pas difficile de répondre à cette objection, en disant, avec DEMOLOMBE, qu'en cas où le demandeur n'invoquerait, à l'appui de sa prétention, qu'une « pure règle du droit naturel, non sanctionnée, même indirectement, même implicitement, par la loi, le juge ne devra pas lui accorder le bénéfice de ses conclusions. Est-ce à dire qu'il violera l'art. 4, et qu'il refusera de juger ? Non, sans doute ; il jugera que la demande n'est pas fondée » (2).

1) Cons. : GÉNY, *Méthode* t. I, p. 73 ; — LAURENT, *op. cit.*, t. I, p. 340, n° 369.

2) DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. I, n° 113.

§ 2 : *Individualisme comme philosophie de la vie sociale*

La philosophie du 18^e siècle a préparé la plate-forme idéologique de la Révolution. Il y avait une révolution intellectuelle avant la révolution politique. La seconde n'était qu'une tendance à la réalisation de la première.

Sous l'influence des grands progrès réalisés dans le domaine des sciences mathématiques (lois de la gravitation universelle et de la décomposition de la lumière de Newton, système cosmogonique de Laplace, etc.), la philosophie rationaliste du 18^e siècle adopta la raison pure comme unique instrument de la pensée, capable d'expliquer tous les phénomènes sociaux et autres par les opérations des déductions aprioristiques, en considérant la méthode inductive, appuyée sur l'expérience, comme entravant le raisonnement libre du philosophe. La raison devint ainsi la source de toute vérité, et l'individu, en qualité d'être rationnel, fut proclamé, en conséquence, le centre de l'univers. — Cependant, l'individu ne vivait pas à l'état isolé. Il vivait en société, et comme il y avait le système féodal, les privilèges nobiliaires, les corporations, l'Eglise catholique, il semblait que, dans un tel ordre social, l'importance de l'individu était secondaire, cédant la place à celle de la collectivité. Comment concilier, dès lors, le postulat de l'égoïsme de l'individu érigé à la hauteur d'un dogme et la réalité brutale de la vie en communauté qui était nettement opposée à ce dogme ? C'est là justement que la philosophie rationaliste se montra révolutionnaire... En concevant l'individu comme un être naissant et mourant libre, autonome et égal à ses semblables, la société n'est qu'une agglomération d'individus, sans lien intime entre eux, décidés à vivre ensemble par leur propre volonté ; de là, l'explication de la société par un contrat social primitif ayant succédé, par hypothèse, à la vie à l'état de nature, isolé, présocial (1).

Il est donc possible d'imaginer la possibilité théorique pour les individus, de renoncer à un moment donné, à leur contrat et leur retour à l'état libre, à la nature, à la vie de Robinson. Pour éviter cette dissociation, le Contrat social

1) Voir : ROUSSEAU, *Contrat social*.

doit être entendu comme un abandon d'une partie de la liberté absolue dans les limites du strict nécessaire, juste pour rendre possible la « coexistence » (1). Autrement, le contrat social, étant violé, l'individu serait opprimé par la collectivité, et, en ce cas-là, le « retour à la nature » serait préférable à la vie en société. Le « retour à la nature » signifiait la révolution : l'abolition de l'Ancien régime et son remplacement par un régime bourgeois. Ce rêve du philosophe de Genève fut réalisé par les événements de 1789.

Le Contrat social dans cette philosophie est l'ordre juridique objectif représenté par les lois. L'ordre juridique, qui restreint le champ d'action de l'individu, n'est point un commandement au sens habituel du mot, c'est « un commandement qu'on se donne à soi-même » (2), en d'autres termes, c'est un contrat. À côté de ce contrat de caractère collectif qui s'appelle la loi, l'individu agit librement et peut créer des situations juridiques individuelles, c'est-à-dire des contrats particuliers, d'accord avec un seul ou plusieurs autres individus. D'où provient cette force créatrice de l'individu ? Quelle est sa source ? Comme pour le contrat social qui est l'œuvre de la volonté du peuple entier, c'est-à-dire de la somme d'individus autonomes, pour les contrats particuliers, c'est la volonté individuelle. La volonté, et elle seule, est capable de créer des droits. Au « je pense, donc je suis », fondement de la philosophie classique, correspond, dans l'ordre juridique, un « je veux, donc j'ai des droits » (3). Mais là, la doctrine individualiste risque de tomber dans un contre-sens. En prenant pour postulat l'égalité et l'indépendance des individus, comment accepter que mon co-contractant s'oblige par ma volonté, parce que je le veux ? Pour que quelqu'un obéisse à mon vouloir, il faut que son vouloir soit inférieur au mien, il faut une hiérarchie des volontés et partant une hiérarchie des individus. Donc, c'est en contradiction avec le postu-

1) KANT (Emmanuel), *Eléments métaphysiques de la doctrine du droit*, 1796, trad. française Barni, Paris, 1853.

2) ROUSSEAU, *op. cit.* liv. II, chap. VI.

3) Voir : GOUNOT (Emmanuel), *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, thèse, Dijon, Paris, 1912, p. 27, note 2.

lat qui suppose le contraire ! La doctrine classique rejette cette objection, en disant que la question est mal posée. On ne s'oblige pas par la volonté d'autrui, mais par sa propre volonté. Mon partenaire me doit, parce qu'il l'a voulu ; moi, je lui dois, parce que je l'ai voulu. Alors, en me décidant à être obligé envers lui, j'ai voulu provoquer la naissance de son obligation envers moi. Tout droit doit être précédé d'un devoir. En m'obligeant, je cède volontairement une partie de ma liberté à mon co-contractant pour avoir, à la place, une partie de la sienne, qu'il abandonne aussi volontairement à mon profit. Donc, les droits que j'ai vis-à-vis des autres, puisent leur force dans mes devoirs vis-à-vis des autres, c'est-à-dire dans ma volonté. Je veux, donc j'ai des droits. Il n'y a pas de contradiction (1).

Comme on le voit, selon la doctrine individualiste, l'origine de tout droit, tant du droit objectif que du droit subjectif, est dans la volonté individuelle. La Loi et le Contrat, ayant la même source et ne se différenciant qu'au point de vue formel, sont assimilés. Le Contrat, comme la Loi, créé par la volonté autonome et libre, tire sa force obligatoire de cette volonté. Comme la loi ne peut être changée que par la volonté du législateur, le contrat ne peut être modifié que par la volonté commune des contractants. Résultat du *mutuus consensus* des parties contractantes, le contrat ne peut disparaître, ou être remplacé par un autre, que par le même moyen : le *mutuus dissensus* des partenaires. Ce principe est énoncé par l'art. 1134, al. 1^{er} et 2, du Code civil, qui dit : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. — Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise ». Cet article nous fournit un élément nouveau au sujet de la cessation de la force obligatoire des contrats : ce sont les dispositions de la loi — « Elles (les conventions) ne peuvent être révoquées que du consentement mutuel des contractants, ou

1) Voir : WORMS (René), *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations*, thèse, Paris, 1891, p. 91 : « Chacun de nous peut être obligé par sa volonté et seulement par sa volonté ». — Comp. MORIN (Gaston), *La révolte des faits contre le Code*, Paris, 1920, p. 11, à propos de la doctrine de Kant.

pour les causes que la loi autorise ». Alors, outre la volonté commune des contractants, la loi aussi peut intervenir pour faire cesser les effets d'un contrat. Le contrat est, par conséquent, sous le contrôle d'une autorité plus grande, celle de la loi. Ce contrôle est exprimé également dans le premier alinéa du même article, par la phrase : « Les conventions *légalement* formées... » (Comp. à l'art. 6 du C. c.). Cette autorité de la loi sur les contrats, bien que la même source donne la même force à tous les deux, s'explique par la théorie du Contrat social : les individus ont abdiqué une partie de leur liberté au profit de la communauté. Cette abdication les lie tant qu'ils ne l'ont pas retirée. Les individus ne peuvent donc pas abroger par leurs contrats particuliers les dispositions de la loi tant qu'elle est en vigueur.

En présence d'un contrat atteint par un cas d'imprévision, quelle attitude doit prendre le juge ? Il est deux éléments à envisager dans le contrat : 1° l'élément légal et 2° l'élément contractuel.

1° En ce qui concerne l'élément légal consistant dans les mots : « Les conventions *légalement* formées » (al. 1^{er} de l'art. 1134 C. c.) et « Elles ne peuvent être révoquées que... pour les causes que la loi autorise » (al. 2 du même article), nous n'avons rien à ajouter à ce que nous avons dit à ce sujet dans le paragraphe précédent. Parmi les cas que la loi cite comme causes de révocation des conventions (erreur, dol, violence, lésion, cas fortuit et force majeure — art. 1108-1118 et art. 1147, 1148 et 1302 du Code civil), elle n'en prévoit pas d'autres, notamment celle d'imprévision. Le juge, étant tenu de respecter le principe de la Séparation des pouvoirs, doit se désintéresser de cette dernière.

2° Quant à l'élément contractuel qui est le contrat lui-même, dès qu'il est légalement formé, nous ne pouvons non plus dire rien de nouveau, car « les conventions... *tiennent lieu de loi* à ceux qui les ont faites » (al. 1^{er} de l'art. 1134) et, par conséquent, « elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel » (al. 2 du même art.). Le premier alinéa pose le célèbre principe du respect de la foi jurée en assimilant le contrat et la loi,

et le second n'est que sa logique conséquence : comme la loi, le contrat est l'œuvre de la volonté et ne peut être révoqué que par l'effet contraire de cette même volonté (ici la volonté bilatérale, commune, à la différence de la loi où la volonté qui la crée est unilatérale). Cette assimilation de la convention et de la loi, qui n'est d'ailleurs pas particulière au Code civil (1), signifie une interdiction formelle au juge d'intervenir, au nom de l'équité, dans le contrat si injuste et si inique soit-il. Elle s'adresse au juge qui est appelé à procurer l'exécution des obligations dans le cas où l'une des parties refuse de se conformer à la loi du contrat ; tenu de prêter le concours de l'autorité publique pour l'accomplissement des obligations, il ne peut certes pas les modifier. Il doit veiller à la stricte exécution des conventions, comme il doit veiller à la stricte observation de la loi. Si, au lieu de condamner le débiteur à remplir ses engagements, il les modifiait, il violerait les droits du créancier qu'il est chargé de maintenir. Une des applications de cette idée générale se trouve sanctionnée par l'art. 1152 du Code civil, ordonnant le maintien absolu de la clause pénale : « Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre ». Cette disposition, disait LAURENT, est d'autant plus remarquable que par elle le législateur dérogea à la tradition et refusa de suivre ses guides habituels (2) ; POTHIER, par exemple, qui était suivi pas à pas par les rédacteurs du Code, nous apprend que, de son temps, la peine pouvait, lorsqu'elle était excessive, être réduite et modérée par le juge. En effet, dit-il, « il est contre la nature de cette clause qu'elle puisse être portée au-delà des bornes que la loi prescrit aux dommages-intérêts » (3).

1) Les juristes de tout temps se sont plu à mettre en parallèle la convention et la loi. Voir : *Digeste*, XVI, 3, 1, 6 : « *Contractus legem ex conventionem accipiunt* » ; *Dig.*, 50, 17, 23 : « *Hoc servabitur quod initio convenit (Legem enim contractus dedit)* » ; etc. — En Ancienne Grèce, ARISTOTE définissait déjà le contrat : « Une loi faite par des particuliers en vue d'une affaire déterminée » (*Rhet.*, I, 15, 21).

2) LAURENT, *op. cit.*, t. XVII, p. 238 et suiv.

3) POTHIER, *Obligations*, n° 345, éd. Bugnet, t. II, p. 179.

Ne pourrait-on pas toutefois dire qu'une convention, atteinte par un cas d'imprévision et n'ayant pas de clauses spéciales en vue de préserver les parties du fait imprévu, est une convention incomplète ; que la volonté qui l'a créée, ne s'étant pas exprimée sur ce cas, lui est étrangère et qu'il appartient au juge de la renfermer, par voie d'interprétation, dans les limites qu'elle s'est posées à elle-même ? — Non, répond la doctrine individualiste. Un contrat à long terme ou à effet successif, c'est une emprise sur l'avenir. Si les parties n'ont rien stipulé pour éviter les conséquences de la survenance éventuelle des événements ultérieurs qui pourraient altérer l'équilibre initial entre leurs obligations, c'est parce qu'elles l'ont fait intentionnellement et volontairement. Elles ont voulu jouer sur le hasard d'un avenir incertain. Il est impossible d'imaginer le contraire au autre chose. Etant des êtres doués de raison, elles doivent se rendre compte que toute durée est exposée et soumise aux changements. Ayant la volonté libre et souveraine, nul ne les empêche de prendre des précautions, si elles ne veulent en courir le risque. Si elles n'ont rien fait dans ce sens, c'est parce que chacune d'elles escomptait ces changements à son profit. Par conséquent, elles ont dû les prévoir et elles les ont prévus. Contracter, c'est prévoir ! Si, pourtant, l'une d'elles se trouve gravement lésée, les événements s'étant tournés contre ses espérances, tant pis pour elle : elle s'est trompée. Aucune injustice ne lui est causée par personne. S'il y a de l'injustice, ce n'est qu'elle-même qui en est responsable. Alors, pas d'injustice au sens juridique du mot, car c'est une injustice voulue. *Volenti non fit injuria*. « Nul n'est injuste envers soi-même » — disait ROUSSEAU (1). « Quand quelqu'un décide quelque chose à l'égard d'un autre, il est toujours possible qu'il lui fasse quelque injustice ; mais toute injustice est impossible dans ce qu'il décide pour lui-même » — enseignait le philosophe de Königsberg (2). « Qui dit contractuel, dit juste » — s'écria FOUILLÉ (3). — En poussant à l'extrême ce raisonnement,

1) ROUSSEAU, *op. cit.*, II, 6.

2) KANT, *op. cit.*, p. 169.

3) FOUILLÉ, *La science sociale contemporaine*, 2^e éd., 1885, p. 410.

on ne pourrait même pas parler de l'imprévision. Il est vrai que l'imprévision existe par rapport au caractère des événements survenus, pour la partie qui s'est trompée dans ses calculs. Mais cette imprévision est neutralisée par la possibilité de s'y attendre au moment de la conclusion du contrat. L'une et l'autre des parties intéressées étaient alors dans la même position qui se traduisait en incertitude. Elles auraient pu se prémunir contre cette incertitude des clauses minutieuses les mettant à l'abri de toute surprise. Mais justement, ayant l'intention non cachée ni équivoque de tenter leur chance de gagner, elles ne le voulaient point. Si le juge intervenait tout de même dans le contrat, n'irait-il pas contre l'« intention commune des parties contractantes », contrairement à ce que lui recommande l'art. 1156 du Code civil ? Etant donné l'égalité parfaite des parties en rapport, égalité qui met en jeu leurs intérêts purement individuels, l'égoïsme sacré du « chacun pour soi », l'autre contractant n'aurait-il pas le droit d'en être « jaloux » ? Cette protection de la partie perdante par le juge, ne serait-elle pas considérée comme la négation de l'égalité qui est la base de tout ? Et, en plus, le juge, n'irait-il pas ainsi contre l'intérêt de tous, en tuant l'initiative individuelle et en barrant le chemin à la libre marche vers le progrès, vers le perfectionnement de l'individu qui est « une fin en soi » et le centre autour duquel tout gravite ? (1).

En conclusion, la philosophie rationaliste et individualiste, dont le trait caractéristique est de voir des choses *in abstracto* et *in genere* (tous les hommes sont égaux, libres, prévoyants, raisonnables) et de ne pas tenir compte de la réalité et des circonstances (2), philosophie qui inspira les rédacteurs du Code et qui imprégna ses institutions, est contre la théorie de l'imprévision, fondée sur des principes tout différents.

1) Comp. MEYNIAL (Ed.), *La déclaration de volonté*, Revue trim. de Droit civil, 1902, t. 1, p. 573.

2) Cette caractéristique est très bien soulignée par M. MAGNAN de BERNIER dans sa thèse déjà citée, p. 10-11.

§ 3 : *Econome libérale*

Si la philosophie du 18^e siècle a eu sa part dans la conception du Droit de la Révolution, l'Ecole libérale en Economie politique a eu la sienne dans la charte de la politique économique de la nouvelle société bourgeoise issue de la Révolution.

Révoltée contre les institutions de l'Ancien régime, surtout contre les organisations corporatives qui entravaient le libre développement du commerce et de l'industrie, développement dont le besoin s'est fait sentir déjà depuis longtemps, grâce à des découvertes effectuées dans le domaine scientifique (1), les physiocrates, en France, et Adam Smith, en Angleterre réclamèrent, au nom de l'ordre naturel qui règne dans la société, la liberté du travail, le libre échange économique, la liberté des contrats et la liberté de la concurrence. Toute la doctrine de cette école est exprimée par la maxime : « Laisser faire » (2).

La meilleure politique économique pour l'Etat est, d'après cette école, de n'en faire aucune. Elle doit s'évanouir au moment même où elle a commencé, c'est-à-dire là où elle a rendu libre l'activité individuelle. Le rôle de l'Etat sur le terrain économique doit donc se faire sentir le moins possible, juste pour garantir la liberté de l'initiative personnelle. A cet effet, l'Etat doit se charger de supprimer les corporations et de prendre des mesures pour empêcher leur renaissance, d'abolir les lois sur l'usure et d'établir le régime de la libre concurrence. A ce rôle passif de l'Etat, correspondra un essor formidable dans tous les domaines de l'activité humaine ; l'industrie, le commerce, le travail, poussé par la possibilité de gain illimité, transformeront la société actuelle en une société meilleure, plus

1) Notamment la forme élastique de la vapeur d'eau recon nue pour la première fois par PAPIN, physicien français, au début du 18^e siècle ; cette découverte apporta une amélioration énorme des moyens de transport par la création des bateaux à vapeur ; la *marmite de Papin* fut le point de départ du progrès technique et du machinisme.

2) On ne connaît pas le véritable auteur de cette devise. — Voir : Charles GIDE et RIST, *Histoire des doctrines économiques, depuis les physiocrates jusqu'à nos jours*, 5^e éd., Paris, 1926, nouveau tirage 1929, p. 13.

humaine et plus heureuse. Produire beaucoup, consommer beaucoup, perfectionner les moyens de production, améliorer les conditions de travail en les rendant moins pénibles... n'est-ce pas le moyen d'atteindre le summum du bonheur individuel et du bonheur commun ? N'est-ce pas rendre possible le progrès croissant de l'Humanité ?

Mais la lutte farouche, imposée par la libre concurrence, au sein de la société, n'aura-t-elle pas pour résultat la victoire des individus, économiquement les plus forts, mais les moins scrupuleux et moralement, par conséquent, les plus faibles ? N'engendrera-t-elle pas des injustices cruelles et le triomphe de la bassesse sur la moralité, du déshonneur sur l'honnêteté, de la déloyauté sur la loyauté, de l'improbité sur la probité ? En dernière analyse, n'aura-t-elle pas pour issue la survenance d'une armée des pauvres plus nombreuse que celle des riches, l'affaiblissement physique, matériel et moral de la société, et la décadence, — issue toute contraire à celle que le libéralisme a espérée, et très loin d'atteindre le moindre bonheur ? — L'Ecole libérale a eu sa réponse. La société est soumise au régime d'un ordre naturel. Cet ordre naturel la préservera de l'immoralité provenant de la concurrence déloyale. Faite par une publicité fausse et par des manœuvres frauduleuses, cette sorte de concurrence ne sera pas viable ; elle s'évanouira dès la première tentative, car il lui sera impossible de résister longtemps à la supériorité qualitative de la concurrence loyale. La libre concurrence établit le bon prix, c'est-à-dire le prix le plus avantageux et supprime, par conséquent, le prix usuraire. (1). — Quant au grief qu'il y aura une masse de pauvres ayant succombé à la lutte et qui seront, ayant été mis hors de combat, un fardeau pesant très lourd sur le corps social, il n'en est rien. Il est évident que ce phénomène se produira au début du combat. Mais parmi les victimes, il y en aura de deux sortes : les véritables incapables d'une part et des individus capables, mais inhabiles, de l'autre. Des premiers la société se passera ; ils seront éliminés. Les seconds se relèveront, en corrigeant leurs défauts et les fautes commises. Les victorieux se perfectionneront davantage. Et ainsi de suite. Abandonnée à elle-même, la société, si elle n'en sort meil-

1) Voir : GIDE et RIST, *op. cit.*, p. 52.

leure, ne périra certainement pas. *Il mondo va da se* (le monde va de lui-même) (1).

La législation de la Révolution sanctionna en entier toutes ces idées de l'Economie libérale, en les consacrant soit par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, soit par des lois constitutionnelles, soit par des lois spéciales. Elle proclama notamment : la liberté du travail et des contrats et la liberté de la concurrence ; ordonna l'abolition des anciennes associations, soit religieuses, soit économiques (des congrégations et des corporations) (2) ; supprima l'ancienne usure (en rétablissant le droit de prêter de l'argent avec stipulation d'intérêt) (3).

Il s'ensuit tout naturellement que la théorie de l'imprévision, qui implique l'idée de protection du plus faible, du moins résistant dans cette lutte sans merci, allait à l'encontre des idées toutes différentes ayant servi de préambule à la presque totalité de la législation contemporaine du Code et au Code civil lui-même (la liberté des conventions, par exemple : art. 6, 1134 et 1137) (4).

1) GIDE et RIST, *op. cit.*, p. 71.

2) Voir : PIC (Paul), *Traité élémentaire de législation industrielle*. — *Les lois ouvrières*, précité ; — CAPITANT et CUCHE, *Cours de législation industrielle*, 3^e éd., Paris, 1930.

3) Le Décret du 3 octobre 1789 ; art. 1905 du Code civil.

4) Dans ce sens : ARANDJELOVITCH (Drag.), *Claušula rebus sic stantibus et difficulté d'exécution* (en serbo-croate), Recueil des articles, Belgrade, 1926, p. 70. (« Comme ce sont les commerçants et les entrepreneurs professionnels, dit-il, qui sont les plus intéressés à des questions de ce genre, il ne faut point oublier que le brocard *jura vigilantibus scripta sunt* n'est pas encore périmé, tout au moins à leur égard. Le commerçant prudent, conscient du caractère variable de la situation économique et monétaire, prendra toujours soin de stipuler dans son contrat des clauses spéciales le préservant du risque excessif qu'il pourrait encourir. Le commerçant imprudent, qui, ne voyant dans ses opérations que la possibilité de s'enrichir, n'a pas pris de précautions pour le cas où ses calculs pourraient ne pas avoir lieu, périra le plus souvent. Mais cela importe peu. Cela peut être même fort utile pour le commerce, car par là les éléments peu solides en pourront être facilement éliminés et, d'autre part, les éléments solides, ayant devant les yeux de mauvais exemples, seront obligés de tenir compte non seulement du profit, mais encore et surtout du risque qu'apporte le commerce... Le maintien absolu de la rigidité des

§ 4 : Finances de la Révolution et Stabilisation du franc

Lorsque la Révolution éclata, elle trouva les finances publiques dans un état de détresse inquiétante : le Trésor avait beaucoup trop de dettes et n'avait presque pas d'argent. On tenta d'abord de faire des emprunts publics ; mais cette tentative échoua à la date des 9 et 27 août 1789, et le Trésor était réduit pour vivre à faire appel aux avances consenties par la Caisse d'Escompte, création de Turgot en 1776. Mais les avances ne remplissaient pas suffisamment les caisses. Imposer de nouvelles charges au peuple ? Augmenter les impôts ? La Révolution, pour ne pas déplaire à ses citoyens et pour ne pas donner de prétexte aux agissements contre-révolutionnaires, ne l'a pas voulu. L'on trouva un autre moyen : émettre des *assignats* (1). Les décrets des 19 et 21 décembre 1789 instituèrent une Caisse de l'Extraordinaire ayant pour tâche de faire l'émission des assignats. Ainsi fut créée cette nouvelle monnaie, monnaie révolutionnaire. — Mais, quelle était au juste la nature de cette mesure financière ? Avant de devenir le véritable papier-monnaie, les assignats avaient le caractère d'obligations nationales destinées à payer les dettes de l'Etat. (2). Ils étaient échangeables contre les biens ecclésiastiques mis en vente sur désignation des administrations municipales, et productifs d'un intérêt de 5 %, puis de 3 %, enfin sans intérêt. Se souciant de ne pas faire trop de concurrence au numéraire, l'Assemblée décida que l'on ferait une émission de 400 millions seulement, dont 170 seraient consacrés à rembourser les avances de la Caisse d'Escompte. De plus, les dits décrets portaient que tous les assignats rentrés, après avoir été échangés contre les biens nationaux vendus, devaient être brûlés, de sorte

contrats, aura ainsi un avantage de plus, jouant, dans ces temps troublés, un rôle *pédagogique* ». — *loc. cit.*); — Comp. VENIAMIN, thèse précitée, pp. 380-381.

1) Les billets d'Etat, créés pour la première fois en 1768 par Catherine II de Russie, portaient ce nom.

2) Voir : MORINI-COMBY (Jean), *Les assignats, Révolution et inflation*, Paris, 1925, p. 18 ; — SAGNAC dans son *Histoire de la Révolution*, p. 154, les appelle « papier-monnaie ».

que le nombre des assignats en circulation devait, en diminuant peu à peu, se réduire un jour à néant (1).

Cependant, les prévisions optimistes des partisans des assignats s'effondrèrent dès 1791. Les rentrées d'assignats qu'on devait brûler, furent très réduites. Les biens domaniaux et ecclésiastiques se vendirent avec facilité ; les indications furent supérieures aux prix d'estimation, mais les délais de paiement rendirent les rentrées insignifiantes. D'autre part, les rentrées d'impôts s'affaiblirent encore. En novembre 1791, les ressources ordinaires ne donnèrent, du 1^{er} mai 1789 au 1^{er} juillet 1791, que 470 millions, alors que les dépenses s'élevèrent pour la même période à 1.720 millions. C'était la Caisse de l'Extraordinaire qui, par l'émission d'assignats, devait combler la différence. En outre, la valeur des assignats émis se dépréciait de plus en plus. Dès l'apparition des grosses coupures de 1.000 livres, ils subirent une perte au change qui, jusqu'en 1790, variait entre 4 et 6 % ; cette dépréciation était normale : si on ne voulait pas garder les assignats pour payer un bien national, on était obligé de les utiliser comme monnaie. L'importance des coupures imposait la nécessité de les changer contre du numéraire. Celui-ci avait tendance à manquer : il passait à l'étranger, soit qu'il y fut emporté par les émigrés, soit qu'il servit à payer les intérêts des emprunts contractés, pendant la guerre de l'indépendance américaine, en Hollande, en Suisse, en Allemagne. Ce manque de numéraire était aussi la conséquence de la défiance des particuliers pour les assignats : ils se hâtaient de les réaliser en argent qu'ils cachaient ensuite. — Pour couvrir les besoins du Trésor et pour remédier à cette pénurie de numéraire, l'Etat était obligé de recourir à de nouvelles émissions d'assignats. Au 1^{er} août 1791, l'assignat est déjà dans toutes les mains. La somme émise correspondait à peu près à la moitié du capital en numéraire du pays. La situation s'aggrava davantage par la création des billets de confiance qu'é mirent de gros commerçants, des municipalités, des collectivités diverses. Le peuple les distinguait mal des assignats. En raison de l'exemption du droit de timbre que leur accorda l'Assemblée, ces coupu-

1) Voir sur les décrets : DUVERNEUIL, *Tarif pour l'intérêt des assignats*, Marseille, 1790.

res prirent un air quasi-officiel. Elles furent souvent émises sans encaisse. On en trouvait beaucoup de fausses en circulation. Leur nombre ne fut jamais limité ni connu. A Troyes, en 1792, il ne circulait pas moins de 200 billets différents, à Paris— 63 ! La méfiance générale contre le papier s'en trouva accrue.

Au fur et à mesure des nouvelles émissions (qui étaient très nombreuses en 1793 par exemple), les assignats perdaient de plus en plus au change. En octobre 1792, ils perdaient 29 % ; en juillet 1794 — 66. Cette perte alla même jusqu'à 95 %.

En vue de rétablir la confiance dans les assignats, la Convention décréta leur cours légal. Le 8 avril 1794, elle décida que les prix de tous les achats et marchés conclus pour le service de la République seraient stipulés exclusivement en assignats. Le 11 avril, elle interdit le change contre du numéraire, en prohibant tout contrat entre particuliers stipulant une vente de numéraire, ou portant une indication de prix différent suivant les monnaies employées. Le 1^{er} août, cette interdiction fut renouvelée. Le 23 brumaire an II, fut décrétée la confiscation, au profit de l'Etat, de toutes les espèces d'or et d'argent, de tous les meubles et effets précieux découverts dans la terre, les murs et les autres lieux secrets.

Néanmoins, malgré toutes ces mesures, la dépréciation était constante et la confiance ne fut jamais rétablie.

A la rapide disparition du numéraire et à la dépréciation des assignats toujours croissante, a correspondu l'absence des producteurs ruraux et la hausse des prix du blé. Entre 1790 et mars-avril 1795, les prix ont en moyenne sextuplé ou septuplé. En ventôse et germinal an III, le quintal de blé, qui valait dans la Meuse 12 livres en 1790, est passé à 100 ; dans l'Hérault — ce qui valait 14 livres en 1790, se paie 9.000 frs en assignats.

La famine était imminente. Elle conduisit aux troubles et aux émeutes, provoqua la haine contre la Révolution et le regret de l'Ancien régime. En mars 1796, à Montpellier, 8 à 9 cents ouvriers vont réclamer la diminution du prix du pain à cinq sous en assignats, c'est-à-dire à moins que zéro, et la tête de l'officier municipal.

A la fin de la Convention, l'Etat lui-même commença à mépriser les assignats. Par la loi du 2 thermidor an III, le

paiement de la moitié de la contribution foncière fut fixé en grains. Les baux de biens ruraux stipulés en argent se payaient de la même façon (les locations de maisons et usines en étaient exceptées). Les traitements des directeurs et membres du Corps législatif furent fixés également en denrées (titre XI de la Constitution de l'an III).

Quand le Directoire prit le pouvoir (le 5 brumaire an IV), la dépréciation des assignats était arrivée à un tel point que les besoins journaliers de l'Etat en argent dépassaient la possibilité d'en assurer la fabrication. Les conséquences désastreuses s'en firent sentir dans tous les domaines du fonctionnement des services publics : le départ des courriers aux Armées est reculé de plusieurs jours faute des sommes nécessaires pour leur voyage... Les Administrations désertées, impuissantes à se procurer le matériel nécessaire ; villes obscures, routes abandonnées, police impossible, postes intermittentes.

Pour éviter la catastrophe de l'Etat révolutionnaire, le Conseil des Cinq Cents s'empressa de supprimer les assignats et procéda à une réforme de la monnaie. Mais cette réforme se poursuivit trop lentement. Les mandats territoriaux succédèrent aux assignats ; le 23 ventôse an IV, le Directoire réclama le cours forcé pour les mandats et leur échange contre les assignats pris au centième de leur valeur nominale. Le 12 frimaire an IV (3 déc. 1795), il permit déjà à tout créancier de refuser les assignats comme monnaie de paiement. Le 28 ventôse an IV (18 mars 1796), l'assignat fut définitivement supprimé. — Cependant, la destinée des mandats qui le remplacèrent ne fut pas meilleure ; elle fut presque pire que celle des assignats. Au bout de six mois, ils atteignirent le même point que les assignats en cinq ans. L'Etat révolutionnaire était sérieusement menacé de faire faillite. Une seule chose le sauva : les victoires de l'an IV. Au 5 germinal an V, il avait touché en numéraire plus de 51 millions de l'Armée d'Italie, 10 millions de celle de Sambre-et-Meuse et 3 millions de l'armée du Rhin (1).

Cette fâcheuse expérience de l'assignat et des mandats décida le Directoire à revenir à la monnaie métallique.

1) Voir : MORINI-COMBY, *op. cit.*, p. 145. — Tous ces développements sur les assignats que nous venons d'exposer, nous les devons à l'ouvrage de M. Comby.

Dès frimaire an IV, en effet, le Conseil des Cinq Cents avait pensé qu'il fallait revenir aux espèces d'or et d'argent et que l'assignat ne pouvait plus être sauvé. Cette idée devait enfin triompher après l'élimination complète du papier-monnaie sous le Directoire (à partir du 16 pluviôse an V — 4 février 1797), et, lorsque le Consulat prit la place de ce dernier (le 9 novembre 1799 — an VIII), elle était établie d'une manière définitive (1). Mais la véritable réforme monétaire ne fut réalisée que par la loi du 7 germinal an XI, loi qui stabilisa la valeur du franc en le définissant par un certain poids de métal et en prescrivant la fixité de ce poids. Cette réforme avait pour but d'empêcher le gouvernement de changer (augmenter ou diminuer) la valeur intrinsèque d'une pièce de monnaie, de lui rendre impossible de faire battre des pièces nouvelles au-delà du quantum de métal précieux disponible, et, en cas de cours légal du papier-monnaie, de faire imprimer des billets indépendamment de l'étalon-or ou argent, c'est-à-dire de faire de l'inflation (2). En un mot, son but était d'abolir l'ancien droit régalien du Prince (lire : de l'Etat) de régler le système monétaire à sa guise, droit qui pouvait se traduire en pratique par des régimes analogues à celui des assignats. Désormais, la valeur du franc étant fixée par la loi à 322 millig. d'or fin au titre de 900/1000 pour les espèces en or et à 5 gr. d'argent au titre de 9/10^e pour les espèces en argent, l'Etat ne peut plus lui apporter le moindre changement, — telle était, du moins, la prétention du législateur (3).

A la stabilité monétaire rétablie devrait correspondre une stabilité juridique en matière de paiement, stabilité qui était si ébranlée et si compromise au temps des assignats (4).

1) Voir : F. BRAESCH, *Finances et monnaie révolutionnaire*, Paris, 1936, fascic. V^e, p. 175.

2) Cette dernière observation est faite à l'aide du raisonnement par analogie parce que le cours légal des billets de banque n'eut été institué que beaucoup plus tard (en 1848).

3) Voir à ce sujet : BRAESCH, *op. cit.*, p. 155-158 ; — GÉNY, *Quelques observations sur le rôle et les pouvoirs de l'Etat en matière de monnaie et de papier-monnaie, Etude de Droit public et de Morale sociale*, dans *Mélanges Maurice Hauriou*, Paris, 1929, p. 389-433.

4) Il n'y avait pas un seul rapport juridique qui ne fût bouleversé par la chute constante de l'assignat : 1^o Les propriétaires des biens affermés à moitié étaient victimes d'une

Le Code Napoléon, qui fut voté huit mois après la loi de germinal, ne devait qu'implanter sur le terrain du droit l'idée fondamentale de cette loi monétaire. Puisque le phé-

pratique que n'a pas ignorée notre époque. Le métayer qui avait reçu en entrant 100 bêtes à cornes du prix de 240 francs, soit 24.000, laissait en partant, 20 bêtes estimées à cette valeur, vendait les 80 autres à 1.200 francs, achetait trois maisons nationales qui, en 1790, valaient 150.000 frs. — 2° Les débiteurs de l'an III, couverts par la loi, par la fiction de la valeur nominale, remboursèrent 20.000 frs d'avant 1792 avec moins de 2.000, payèrent trois années de loyer de 6.000 frs avec 60. — 3° Les maris laissaient leurs femmes sans ressources aucune, en remboursant leurs apports dotaux en assignats dépréciés de 95 %. Etc.

Dès 1791, et surtout en l'an III, tous les tribunaux furent aux prises avec les procès de rescision pour lésion d'outre moitié (Voir : MORINI-COMBY, *op. cit.*, p. 104-105). Après avoir, au début, maintenu absolument la promesse initiale, les tribunaux furent finalement obligés de prononcer la rescision d'innombrables contrats pour cause de lésion subséquente. Il en fut ainsi pour un grand nombre de ventes d'immeubles faites à un prix normal au moment du contrat, mais pour lesquelles le paiement était intervenu à une époque où le papier-monnaie s'était déprécié de plus de 50 % depuis l'époque de la vente. (Voir : Tribunal de Colmar, B. 54, jugement n° 267 du 3 frimaire an VII ; B. 73, n°s 71, 137, 385 du thermidor an VI et du brumaire an VII ; B. 44, n° 491 du 16 prairial an VII ; etc., cité par M. HUBRECHT (Georges), dans sa thèse : *Les assignats dans le Haut-Rhin*, Strasbourg, 1931, p. 200, note 43). — Les mêmes mesures de protection jurisprudentielle ont été apportées en matière de reddition de comptes de tutelle au profit des mineurs contre les agissements des tuteurs : ces derniers avaient parfois essayé de profiter des variations monétaires pour s'enrichir aux dépens de leurs pupilles. En cette matière, les jugements reconnaissent tout d'abord que les tuteurs qui ne se sont pas pressés pour faire rentrer les créances de leurs pupilles pendant le cours forcé du papier-monnaie, ont bien fait, « puisque les mineurs auraient été dans le cas de recevoir des assignats qui n'avaient plus de valeur » (B. 44, n° 530, du 12 messidor an VII). Lorsqu'au contraire un tuteur a vendu sans nécessité les biens de sa pupille pendant le cours des assignats et qu'il n'en a pas fait de emploi, le Tribunal le condamne à rembourser l'exacte valeur reçue, avec des attendus peu flatteurs : « Etant donné : qu'il n'y avait pas de dettes à éteindre, le discrédit des assignats à l'époque de la vente, toutes ces considérations prouvent que le tuteur, bien loin d'avoir voulu le bien à sa pupille, a cherché à convertir son avoir en espèces pour s'en servir à son profit » (B. 44, n° 329, du 2 prairial an VII ; — HUBRECHT, *op. cit.*, p. 203, notes 59, 60).

nomène des variations de valeur de la monnaie était rendu impossible par la loi de germinal, le Code civil n'avait pas à se préoccuper de la théorie de l'imprévision dans ce domaine. Néanmoins, il contient l'art. 1895 qui semble prévoir la possibilité de variations monétaires et condamner la théorie de l'imprévision qui pourrait jouer à cette occasion. Rappelons le texte de cet article, que, du reste, nous connaissons déjà (1) : « L'obligation qui résulte d'un prêt en argent, n'est toujours que de la somme numérique énoncée au contrat. — S'il y a eu augmentation ou diminution d'espèces avant l'époque du paiement, le débiteur doit rendre la somme numérique prêtée, et ne doit rendre que cette somme dans les espèces ayant cours au moment du paiement ».

Comment faut-il comprendre cette reconnaissance de la possibilité d'« augmentation » et de « diminution » d'espèces, faite par le Code civil, du moment que la loi de germinal l'a mise hors d'état de pouvoir se produire ? Faudrait-il prendre cette disposition du Code pour une abrogation de la loi de germinal et par là admettre la renaissance du droit régalien de l'Etat en matière de monnaie, droit qui fut aboli par la loi de germinal ? Ou bien, faut-il la considérer comme une simple inadvertance commise par le législateur de 1804 ?

En ne s'arrêtant qu'à la lettre du texte de l'art. 1895 et en ne se donnant pas la peine de rechercher ses origines et ses raisons, une grande partie de la doctrine économique et juridique voit dans cet article la consécration du droit régalien de l'Etat, en vertu duquel il peut faire tout ce que lui plait en matière de monnaie : changer la valeur intrinsèque de la monnaie, introduire le cours légal et le cours forcé des billets de banque, faire de l'inflation ou de la déflation, valoriser, dévaloriser, revaloriser la monnaie... D'autre part, elle considère que cette disposition est d'ordre public et que les particuliers n'ont pas le droit de stipuler de clauses spéciales en vue de se préserver de l'insécurité totale qui peut découler de ce prétendu droit régalien, notamment en cas de cours forcé des billets de banque

1) Voir son commentaire *supra*, p. 44-48.

(Théorie de la non-validité des clauses « payable en or » ou « en valeur-or ») (1).

M. F. BRAESCH, en rejetant l'hypothèse d'une inadvertance de la part du législateur dans la rédaction de l'art. 1895, ne peut pas accepter davantage la doctrine classique des économistes et juristes relative audit article. Il lui semble inconcevable et incompréhensible que le Conseil d'Etat qui a rédigé la loi de germinal et l'art. 1895 du Code civil, et le Corps législatif, qui les a votés tous les deux à huit mois seulement d'intervalle, aient pu adopter deux solutions inverses pour la même question ! Etant donné le silence des Travaux préparatoires sur cet article, l'auteur s'efforce de nous expliquer la manière dont il faut l'entendre, en s'appuyant sur des considérations d'ordre historique et monétaire se rapportant à l'époque de la promulgation du Code civil. La raison de cette disposition légale ne doit, à son avis, être cherchée ailleurs que dans le fait du

1) Voir notre étude sur la valeur juridique de la clause « or », *supra*, p. 36-63, et la bibliographie que nous y avons citée.

M. Georges HUBRECHT nous rapporte dans sa thèse : *Les assignats dans le Haut-Rhin*, précitée, de nombreux exemples nous démontrant que malgré le régime du cours forcé du papier-monnaie, la clause « payable en or » était reconnue comme valable par les tribunaux du Haut-Rhin, non seulement lorsqu'elle avait été stipulée avant la Révolution, mais encore pendant la circulation du papier-monnaie. Voir : les arrêts du Tribunal de Colmar de thermidor an VI à nivôse an VII, dans : A.D. Haut-Rhin, B. 54, n^{os} 10, 173, 176, 208, 242, 253, 481, 561, 599, etc. ; B. 43, n^o 141 du 7 messidor an III, jugement du 12 fructidor an VI ; B. 43, n^o 173, jugement du 13 fructidor an VI ; B. 43, n^o 542, jugement du 28 brumaire an VIII ; B. 43, jugement n^o 536 du 28 brumaire an VII..., *op. cit.*, p. 193, note 23.

Mais ce qui est plus intéressant encore, c'est que les dettes de papier-monnaie, ayant pris naissance entre le 1^{er} janvier 1791 et le 29 messidor an IV et qui ne contenaient pas la clause « payable en espèces sonnantes » devaient être réduites en numéraire, d'après le tableau de dépréciation. L'application de ce système n'occasionna pas de grandes difficultés. La jurisprudence du Tribunal de Colmar nous fournit tant d'exemples, où les créanciers du temps du papier-monnaie demandaient leurs paiements *en opérant eux-mêmes la réduction* (Trib. de Colmar, 2^e section, série B, liasse 54, n^{os} 159, 236, 255, 372, etc... — jugements de fructidor an VI à nivôse an VII, 1^{re} section, B. 44, n^{os} 16, 52, 66, 263, etc... — jugements de ventôse an VII à messidor an VII. — « Dans le Haut-Rhin, écrit

régime bimétallique qu'institua la loi de germinal. La disposition de l'art. 1895 a été dictée, dit-il, tout simplement par la nécessité de pouvoir, en régime bimétallique, faire varier le poids de métal des pièces constituées en l'un des métaux (or ou argent) sans toucher à celle de l'autre, afin de maintenir le rapport légal des deux sortes de monnaies en conformité avec le rapport de fait. L'unité de compte étant définie par un certain poids d'argent et le rapport de valeur des deux métaux étant sujet à de continuels changements, il fallait nécessairement pouvoir faire varier le poids de l'or fin qui devait entrer dans la constitution des espèces d'or. Il convient d'ajouter qu'à cette époque (1804), il semble bien que la monnaie de cuivre ait pu être imposée par le débiteur au créancier sans limitation de quantité (sauf dans le cas où le créancier était l'Etat), en sorte qu'il y aurait eu à prévoir des variations de valeur entre trois et non pas seulement entre deux métaux monétaires. Ainsi donc ce serait pour pouvoir continuer à donner le cours légal aux pièces fabriquées au moyen d'un métal autre que celui dans lequel était définie l'unité de valeur, lorsque, pour permettre leur adaptation à de nouvelles circonstances, elles auraient été légèrement « augmentées » ou « diminuées », ce serait pour cette unique raison d'intérêt tout pratique que l'on aurait maintenu la doctrine tradition-

M. HUBRECHT, d'après nos recherches, jamais un créancier d'assignats ne réclama du numéraire sans réduction, jamais non plus un débiteur ne prétendit qu'ayant reçu du papier-monnaie, il ne devait que du papier-monnaie, c'est-à-dire plus rien, puisque ce papier était tombé à rien. Enfin, nous n'avons jamais rencontré de plaideur qui ait protesté contre l'exactitude du tableau de dépréciation ; ce tableau, s'il atténuait parfois l'intensité de la dépréciation, avait été établi avec tout le soin désirable et donnait de la valeur des billets une courbe générale exacte » (*op. cit.*, p. 195).

Cette jurisprudence peut constituer un argument de plus en faveur de notre thèse que l'art. 1895 n'est pas un obstacle à la validité de la clause « or » ni à l'intervention de la théorie de l'imprévision en matière de contrats portant sur une somme d'argent en cas de régime de cours forcé. Cela d'autant plus que, pendant la Révolution, nous avons connu un décret interdisant toute stipulation de paiement en monnaie autre qu'en celle d'assignats (Décret du 8-11 avril 1794, cité *supra*, p. 253) ; à l'heure actuelle aucune de dispositions de nos lois positives ne contient une sanction semblable concernant la validité de la clause « or ».

nelle consacrant les pouvoirs exorbitants de l'Etat en matière de monnaie (1).

Cette interprétation de l'art. 1895 donnée par M. BRAESCH, semble être la plus logique et la plus conforme à l'esprit de la législation de la Convention, du Directoire et du Consulat qui voulaient faire oublier le mauvais souvenir des assignats et rétablir une stabilité monétaire et juridique à côté de la stabilité politique qui venait d'être constituée. En effet, pour que la stabilisation fût efficace et réelle, il fallait supprimer la cause qui pouvait provoquer l'instabilité et l'incertitude : la possibilité de faire changer la valeur intrinsèque de la monnaie. Autrement, il n'y aurait aucune stabilité dans les affaires, si on accordait à l'Etat le pouvoir, d'une part, d'« augmenter » ou de « diminuer » la valeur de la monnaie à sa guise, et d'autre part, de forcer les particuliers en tant que contractants à n'accepter que la somme numérique énoncée au contrat, somme qui ne représente plus l'équivalent de ce qui est sorti de leurs patrimoines ! Il est vrai, du reste, qu'ils peuvent se protéger par les clauses spéciales insérées dans le contrat (telles : la clause « payable en or », « payable en dollar » ou « en marchandise », etc.), mais en cas de cours forcé, on leur conteste le droit même de recourir à cette dernière précaution ! Il y aurait là quelque chose de choquant : un retour au régime des assignats qu'on a voulu abolir, et ce dans des conditions beaucoup plus mauvaises pour les particuliers : auparavant, ils avaient été autorisés à demander la revalorisation de leurs créances proportionnellement à la dépréciation (2), — maintenant, ils ne le seraient plus. En effet, lorsqu'on sait que le Projet de la loi de germinal avait été précédé par une disposition générale tendant à prévenir la dépréciation de l'étalon et à ramener vers un point fixe toutes les variations de valeur qui pourraient survenir entre les métaux employés à la fabrication des monnaies, on ne peut pas admettre que les auteurs du Code aient eu dans l'esprit l'idée de permettre à l'avenir que la monnaie métallique se comportât comme l'avait fait 7 années plus tôt le papier-monnaie (3).

1) BRAESCH, *op. cit.*, p. 162-163.

2) Voir *supra*, p. 258, note 1re.

3) Voir : BRAESCH, *op. cit.* p. 164.

A notre sens, adopter l'une ou l'autre des deux conceptions, quoique la seconde soit plus vraisemblable, le jugement qui s'impose sur le rapport de la loi de germinal et du Code civil d'un côté et de la théorie de l'imprévision d'un autre, ne peut être que le suivant : la loi du 7 germinal an XI, stabilisant la monnaie française à la suite d'une perturbation monétaire qui est restée sans exemple jusqu'à la guerre de 1914-18 (la chute du mark allemand en 1923, par exemple), et le Code civil, lui-même, par son article 1895, comptaient sur une stabilité monétaire durable. Si, toutefois, le Code civil parlait de l'« augmentation » et de la « diminution » d'espèces, ce n'était, en tout cas, que des variations légères, les seules qu'il pût envisager lors de sa promulgation. La théorie de l'imprévision est incompatible avec cet esprit de stabilité qui régnait à l'époque de la rédaction du Code civil, esprit dont l'incarnation et l'âme fut le Premier Consul Bonaparte. En effet, ses éléments constitutifs, dont le principal est le bouleversement complet de l'économie des contrats, implique le règne de l'instabilité monétaire en matière de paiement.

En résumé, les principes généraux du Code civil, éclaircis de la sorte, sont hostiles à la théorie de l'imprévision. Le Code civil ne se prononçant ni pour ni contre elle, les mains du juge sont enchaînées par le principe de la Séparation des pouvoirs, par la théorie de l'autonomie de la volonté qui s'oblige et se fait sa loi à elle-même, par l'individualisme et le libéralisme qui ne supportent aucune entrave de l'action libre des individus, par la croyance dans la stabilité politique, sociale, économique et juridique, dont s'enivraient les idéologues de la Révolution française, et, enfin, par la fiction de la plénitude de la loi écrite qui en était la conséquence. Il faut ajouter l'atténuation de l'influence de l'Eglise catholique sur les institutions juridiques et la sécularisation du droit civil qui commença, en matière de mariage, par l'Edit du roi Louis XVI (le 28 novembre 1787) et que le Code civil ne fit qu'accentuer (1). Cet éloignement du catholicisme de la sphère du droit ne pouvait qu'être défavorable à notre théorie ; nous savons

1) Comp. l'art. 7, titre II de la Constitution de 1791 : « La loi ne considère le mariage que comme un contrat civil ».

bien que c'était le Droit canonique qui l'adopta le premier et que si nous en avons trouvé quelques traces en Ancien droit français, ce n'était que grâce au rayonnement de la charité et de la morale chrétiennes. La preuve en est qu'en Italie, où le protestantisme n'a jamais eu un rôle important dans la vie sociale, la théorie de l'imprévision continua à s'appliquer au cours de tout le 19^e siècle, en dépit des principes du Code civil italien analogues à ceux du Code Napoléon (1).

Cette hostilité du Code civil envers notre théorie est le plus éloquemment exprimée par son article 1134, qui impose aux contractants le devoir de faire honneur à leurs engagements quoi qu'il arrive.

Section B

TEXTES SPÉCIAUX DU CODE CIVIL ET THÉORIE DE L'IMPRÉVISION

Comme nous venons de nous en rendre compte, le Code civil ne réglemente pas, dans sa théorie générale des contrats, la question de l'imprévision. Toutefois, à côté de ce silence de la part des principes généraux, silence dont nous avons donné l'interprétation, il contient quelques préceptes d'ordre spécial, relatifs aux divers domaines d'obligations contractuelles, préceptes qui sanctionnent, dans une certaine mesure, la thèse de l'imprévision. Il s'agit maintenant de savoir quel sens il faut attribuer à ces dispositions éparpillées et incomplètes, plus précisément quelle déduction on peut en tirer à l'égard de notre théorie : pourrait-on, notamment, en conclure que le Code civil a consacré par là une théorie générale de l'imprévision, telle que nous l'entendons, ou bien, dire qu'au contraire, vu le caractère particulier de ces textes, n'envisageant que les questions tout à fait spéciales en matière de contrats, la position du Code civil, malgré ces exceptions, reste toujours défavorable à notre théorie ?

Avant d'entrer en discussion, voici tout d'abord l'énoncé de ces textes, dans l'ordre numérique où ils figurent au Code civil :

Art. 953 : « La donation entre vifs ne pourra être révoquée que pour cause d'inexécution des conditions sous les-

1) Cons. : VOIRIN (Pierre), *De l'imprévision dans les rapports de Droit privé*, thèse précitée, p. 47, note 4,

quelles elle aura été faite, pour cause d'ingratitude et pour cause de survenance d'enfants ».

Art. 955 : « La donation entre vifs ne pourra être révoquée pour cause d'ingratitude que dans les cas suivants :

1° Si le donataire a attenté à la vie du donateur ;

2° S'il s'est rendu coupable envers lui de sévices, délits ou injures graves ;

3° S'il lui refuse des aliments ».

Art. 960 : « Toutes donations entre vifs faites par personnes qui n'avaient point d'enfants ou de descendants actuellement vivants dans le temps de la donation, de quelque valeur que ces donations puissent être, et à quelque titre qu'elles aient été faites, et encore qu'elles fussent mutuelles ou rémunératoires, même celles qui auraient été faites en faveur de mariage par autres que par les ascendants aux conjoints, ou par les conjoints l'un à l'autre, demeurent révoquées de plein droit par la survenance d'un enfant légitime du donateur, même d'un posthume, ou par la légitimation d'un enfant naturel par mariage subséquent, s'il est né depuis la donation ».

Art. 1150 : « Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée. »

Art. 1244 : « Les juges peuvent néanmoins, en considération de la position du débiteur, et usant de ce pouvoir avec une grande réserve, accorder des délais modérés pour le paiement, et surseoir à l'exécution des poursuites, toutes choses demeurant en l'état » (ancienne rédaction qui a été modifiée par la loi du 20 août 1936).

Art. 1889 : « Néanmoins, si, pendant ce délai, ou avant que le besoin de l'emprunteur ait cessé, il survient au prêteur un besoin pressant et imprévu de sa chose, le juge peut, suivant les circonstances, obliger l'emprunteur à la lui rendre » (1).

1) Certains auteurs ajoutent à cette liste encore les articles : 1443, 1563 et 1944. Voir : DEMOGUE (René), *Traité des obligations en général*, t. 6, Paris, 1932, p. 691, n° 634 bis. — SERBESCO, *op. cit.*, p. 361-362, n° 20. — A notre avis, ces dispositions sont moins caractéristiques que celles citées ci-dessus. De toute façon, l'interprétation que nous allons donner aux articles énumérés sera également valable pour les articles omis,

Les trois premiers articles (953, 955 et 960) appartiennent à la matière des libéralités et représentent des exceptions à la règle de l'irrévocabilité des donations entre vifs. — L'article 1150 fait partie de la théorie des dommages-intérêts pour inexécution du contrat (exécution par équivalent). — L'article 1244, al. 2, est une exception à la règle édictée par son alinéa 1^{er} en vertu de laquelle le paiement d'une dette, même divisible, doit être intégral et effectué au terme convenu, exception qui accorde au débiteur dans l'embarras un terme de grâce. — L'article 1889 déroge, lui aussi, aux principes généraux en matière de terme ; il concerne les contrats de prêt à usage ou commodat.

A première vue, les préceptes ci-visés ont beaucoup de parenté avec notre théorie, et on serait tenté de dire qu'elle peut les invoquer en sa faveur. Mais à réfléchir, on s'aperçoit que chacun d'eux a son domaine propre, quelque peu spécial, qui l'éloigne du caractère général de la théorie de l'imprévision. Nous allons essayer de le démontrer.

1. — L'imprévision en matière de libéralité ne joue qu'au profit du donateur seul, et ce par exception à la règle de l'irrévocabilité dans les trois cas énumérés par les art. 953, 955 et 960. En principe, les donations entre vifs sont irrévocables. Le donateur, une fois le contrat formé, ne peut plus retirer sa promesse de transférer la propriété de la chose donnée ni, s'il a déjà effectué ce transfert, demander la restitution de la chose donnée. Il est suffisamment garanti contre un geste irréfléchi par la formalité à laquelle il est astreint (art. 931 : forme notariée sous peine de nullité). Cependant, comme le plus souvent le motif d'une donation est le sentiment d'affection ou d'amour du donateur pour le donataire, il faut que ce sentiment noble et désintéressé ne soit pas sérieusement blessé par les actes de non-reconnaissance de la part de ce dernier, ou qu'il ne soit pas mis au second plan par la survenance d'un enfant pour qui on a plus d'affection que pour n'importe quelle autre personne, et cela d'autant plus que c'est toujours — d'après la supposition de la loi — le premier enfant ou l'enfant succédant à l'enfant mort. Dans ces deux conjonctures (la troisième : l'inexécution des conditions sous lesquelles la donation aura été faite, ne touchant pas au problème de l'imprévision, nous la laissons de côté), la donation est révocable. La raison justifiant la révocation est la survenance des événe-

ments imprévus, auxquels le donateur ne s'attendait pas avec certitude, événements ayant donc un caractère surprenant. En effet, si le donateur avait su que le donataire attenterait à sa vie, qu'il commettrait envers lui des sévices, délits ou injures graves et qu'il lui refuserait des aliments pour le cas où il serait dans le besoin, ou que lui-même aurait des enfants, légitimes ou légitimés, postérieurement à la donation, la loi suppose, et cela, en principe, avec raison, qu'il ne l'aurait pas faite. Cette hypothèse légale peut d'ailleurs être confirmée par la demande en révocation de la part du donateur ou infirmée par sa non-action dans ce sens (art. 956), sauf le cas de survenance d'enfants, où la révocation est de plein droit (art. 960), disposition dictée non seulement par le souci de protection du donateur, mais encore de l'enfant survenu. A cet élément d'imprévisibilité s'ajoutent l'élément de non-imputabilité au donateur de l'événement imprévu et l'élément de difficulté de sa situation pécuniaire (le cas où il aurait besoin d'aliments comme celui de survenance d'un enfant), situation qui n'aurait pas cet aspect si la donation n'avait pas eu lieu.

Jusque là, la révocabilité des donations entre vifs, institution qui fait, du reste, exception à la règle de leur irrévocabilité, semble pouvoir constituer une théorie de l'imprévision en matière de libéralités. Au fond, cependant, il n'en est rien. La révocabilité des donations est une institution *sui generis* et, malgré quelques petites ressemblances avec la théorie de l'imprévision, elle est très loin de lui être identique. En voici les raisons :

a) La libéralité est un contrat à titre gratuit, c'est-à-dire un contrat où l'une des parties s'enrichit et l'autre s'appauvrit dès le début et volontairement. Le donateur n'obtient aucun équivalent économique en échange de sa prestation. Il s'oblige *animo donandi* et la cause de son obligation n'est que cet *animus* ou le désir de gratifier le donataire, sans rien recevoir de la part de celui-ci comme contre-prestation. — La théorie de l'imprévision suppose, au contraire, l'existence d'un contrat à titre onéreux. Autrement, elle ne pourrait pas jouer, elle manquerait de raison d'être. Son rôle est de corriger une altération excessive de l'équilibre primitif entre les prestations réciproques des parties contractantes. Là où il n'y a pas de prestations réciproques, il n'y a pas de déséquilibre, et la théorie de l'imprévision n'a rien à faire.

b) Les causes de révocation sont purement personnelles au donateur. Elles n'ont pas de rapport avec la situation sur le marché et la fluctuation des valeurs, et peuvent provoquer la révocation aussi bien dans une période où l'économie des contrats est stable qu'à un moment où elle se trouve bouleversée. — L'intervention de la théorie de l'imprévision est justifiée, dans la plupart des cas, par un décalage des prix des marchandises en cause entre le moment de la conclusion et celui de l'exécution du contrat.

c) La révocation, en tant que sanction des causes qui la mettent en jeu, n'intervient qu'après l'exécution du contrat. C'est une résolution rétroactive du contrat. — La théorie de l'imprévision, au contraire, ne peut être invoquée que lorsque le contrat n'est pas encore exécuté. L'exécution du contrat rend son intervention déplacée.

2. — Le texte de l'article 1150, à le lire abstraction faite des autres dispositions dont il fait partie, et indépendamment de l'historique de son élaboration, semble admettre la théorie de l'imprévision dans l'hypothèse suivante : lorsque le débiteur a refusé d'exécuter le contrat atteint par un cas d'imprévision, il n'est tenu que des dommages et intérêts prévus ou qu'on a pu raisonnablement prévoir au jour du contrat, c'est-à-dire si la valeur de la chose due a considérablement augmenté, par suite d'une plus-value dépassant toute prévision possible, le débiteur ne devrait rembourser à son créancier, à titre d'indemnité, outre la valeur initiale de la chose due, que la plus-value à laquelle on a pu raisonnablement penser lors du contrat, devant être dispensé du reste. Suivant cette hypothèse, le Code civil aurait consacré la résiliation du contrat pour cause d'imprévision, en accordant au débiteur le droit d'opposer à la demande du créancier exigeant l'exécution littérale du contrat ou, si ce n'est plus possible, l'indemnité intégrale pour inexécution, — une exception d'imprévision concernant la quotité imprévue de la plus-value de la chose due.

Bien que cette hypothèse ne vise pas le problème de l'imprévision à tous les points de vue dont il est susceptible (parmi les sanctions elle n'envisage que la résiliation du contrat ; elle ignore la modification, la suspension et la prorogation du terme du contrat ; parmi les éléments constitutifs elle ne prend en considération que l'imprévisibilité

et la non-imputabilité au débiteur de la survenance de l'événement imprévu qui a provoqué le renchérissement inattendu de la chose due ; sur la difficulté excessive de l'exécution du contrat elle ne se prononce point ; elle ne considère la théorie de l'imprévision que comme une faveur au profit du débiteur pour le cas où une hausse considérable aurait atteint la valeur de son obligation ; le créancier n'aurait pas le droit de se voir protégé contre une baisse de la valeur de l'objet de sa stipulation ; elle n'envisage que les obligations qui ne portent pas sur une somme d'argent, en excluant toute une série d'obligations s'exécutant au moyen de paiement en argent, comme : le prêt de consommation, les aliments, les rentes viagères, etc..., parce que ces obligations ne peuvent pas, en cas d'inexécution, être remplacées par une indemnité estimée autrement qu'en argent ; elle n'accorde pas au débiteur, le droit de demander la résiliation du contrat avant l'échéance du terme, ce qui est le cas normal pour notre théorie, mais après celle-ci...) et n'accepte la thèse de l'imprévision que pour un cas tout à fait particulier, elle admet tout au moins le principe, et c'est déjà beaucoup.

Mais cette hypothèse est-elle vraisemblable ? Est-elle exacte ou erronée ?

Malgré la clarté apparente du texte de l'art. 1150, en le scrutant et en l'examinant à fond, la doctrine ne s'est pas mise d'accord sur la véritable manière de l'entendre et il a été et est toujours l'objet d'une sérieuse discussion.

L'article 1150 dit que « le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat... » De quelle prévision s'agit-il là : de la prévision du chiffre, du quantum, des dommages et intérêts ou de la prévision de la cause qui les a fait naître ? La question est posée de la sorte par la doctrine ; une partie de celle-ci se rallie à la première et l'autre à la seconde hypothèse.

La thèse du quantum, soutenue par AUBRY et RAU (1), invoque trois arguments à l'appui de son point de vue : l'art. 1149 du Code civil, la doctrine de Pothier et les principes généraux du droit et de l'équité.

1) AUBRY et RAU, *Cours de Droit civil français*, t. IV, § 308, p. 171, note 41. — Cf. MARCADÉ, *Explication du Code Napoléon*, art. 1633, p. 281.

a) Le texte de l'art. 1150 ne peut être convenablement compris que si on le rapproche de l'art. 1149, qui le précède et dont il est la suite logique. L'art. 1149 est rédigé comme suit : « Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et les modifications ci-après ». Une de ces « exceptions et modifications » est apportée par l'art. 1150 (l'autre par l'art. 1151, qui, ne touchant pas au problème de l'imprévision, n'entre pas en ligne de compte). L'art. 1149 donnant la définition des dommages et intérêts, qui se composent de la perte subie (*damnum emergens*) et du gain manqué (*lucrum cessans*) et qui se chiffrent nécessairement en argent, l'art. 1150 soumet le montant de cette indemnité à la condition qu'il ait été prévu ou qu'on ait pu raisonnablement prévoir lors du contrat. Si, après l'addition de ce montant, il paraît excessif et dépassant toute prévision humaine, il doit être réduit dans les limites de la prévisibilité. Par conséquent, l'art. 1150, ainsi éclairci, doit être conçu comme s'il était rédigé de la façon suivante : « Le débiteur n'est tenu que de l'indemnité (représentative de la perte subie et du gain manqué par le créancier) qui a été prévue ou que l'on a pu prévoir lors du contrat ».

b) Cette interprétation est conforme aussi à la doctrine de POTHIER, le guide presque constant du législateur dans la matière des obligations. Celui-ci disait notamment ceci : « A l'égard des dommages et intérêts dont est tenu le débiteur faute d'avoir rempli son obligation, dans le cas auquel on ne peut lui reprocher aucun dol, il nous reste à observer que, quand les dommages et intérêts sont considérables, ils ne doivent pas être taxés et liquidés en rigueur, mais avec une certaine modération » (1). Et plus loin : « Le débiteur, en s'obligeant aux dommages et intérêts qui résulteraient de l'inexécution de son obligation, est censé n'avoir entendu ni voulu s'obliger que jusqu'à la somme à laquelle il a pu vraisemblablement prévoir que pourraient monter au plus haut les dits dommages et intérêts, et non au-delà : donc, lorsque ces dommages et intérêts se trouvent monter à une somme excessive à laquelle le débiteur n'a pu jamais

1) POTHIER, *Traité des obligations*, 1re partie, Chapitre II, n° 164. — Comp. aussi le n° 160.

penser qu'ils seraient dans le cas de monter, ils doivent être réduits et modérés à la somme à laquelle on pouvait raisonnablement penser qu'ils pourraient monter au plus haut » (1).

c) Les principes généraux de droit et d'équité (2) commandent également la conception sus-indiquée de l'article 1150.

Il s'ensuit que la théorie de l'imprévision aurait été, d'après cette doctrine, consacrée, en partie naturellement, par le Code civil français (2).

La thèse adverse (celle de la cause du préjudice), défendue par COLMET DE SANTERRE (3), DEMOLOMBE (4), BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE (5), LAURENT (6) et HUC (7) donne à l'art. 1150 un tout autre sens : la prévisibilité à laquelle cette règle fait allusion ne concerne pas tant la quotité des dommages et intérêts, que la cause dont ils proviennent. Par exemple, les parties doivent logiquement prévoir, lors du contrat, qu'un dommage résultera pour le créancier de la privation de la chose due ; par suite, tout préjudice ayant pour cause la privation de la chose devra être exactement réparé, même si son quantum dépasse ce qu'on pouvait prévoir au jour de la convention.

Cette doctrine est appuyée sur la distinction des dommages et intérêts *intrinsèques* et des dommages et intérêts *extrinsèques*, sur le fait de la suppression de l'art. 47 du Projet de Code civil de l'an VIII et sur l'art. 1633 du Code civil.

1) POTHIER, *op. cit.*, n° 164, al. 5.

2) Voir : FYOT (Louis), *Essai d'une justification nouvelle de la théorie de l'imprévision à l'égard des contrats portant sur des objets autres qu'une somme d'argent*, thèse, Dijon, 1921. — MAGNAN de BORNIER, thèse citée, p. 18. — M. Fyot a essayé même d'élargir la conception ci-dessus de l'art. 1150, en soutenant que la théorie de l'imprévision peut trouver, dans toute sa complexité, son fondement dans cet article. Voir *infra*, p. 432-435.

3) DENANTE et COLMET de SANTERRE, *Cours analytique de Code civil*, 2^e éd., Paris, 1884-1889, t. V, n° 66 bis, 3 et 4.

4) DEMOLOMBE, *Cours de Droit civil*, cité, t. XXIV, n°s 590 à 595.

5) BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, Paris, 1897-1902, t. I, n° 486.

6) LAURENT, *Principes de Droit civil*, cité, t. XVI, n°s 289-293.

7) HUC (Théophile), *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, Paris, 1892-1903, t. VII, n° 148.

a) La distinction entre dommages-intérêts intrinsèques et extrinsèques est faite par POTHIER lui-même. Les premiers réparent le préjudice que le créancier, par l'inexécution de l'obligation, pourrait souffrir par rapport à la chose même qui en a été l'objet ; les seconds, le préjudice que l'inexécution de l'obligation lui a occasionné dans ses autres biens. Ainsi, si je ne reçois pas un cheval que l'on devait me livrer, la perte que j'éprouve en payant plus cher un autre de même qualité, constitue un dommage « intrinsèque ». Si la non-livraison de ce cheval m'a empêché de me rendre à temps à un marché, et m'a fait manquer un rendez-vous important, le préjudice qui pourra en résulter est « extrinsèque » et ne porte pas sur l'objet de l'obligation. Ordinairement, disait POTHIER, les parties sont censées n'avoir prévu que les dommages et intérêts intrinsèques et non pas les dommages et intérêts extrinsèques ; c'est pourquoi le débiteur n'est pas tenu, en principe, de ceux-ci, mais seulement de ceux soufferts par rapport à la chose qui a fait l'objet de l'obligation : *damni et interesse, propter impsam rem non habitam* (1). En reprenant cette classification, la doctrine de la cause du préjudice affirme que l'art. 1150 signifie tout simplement que le débiteur n'est tenu, en principe, que des dommages intrinsèques, les seuls prévisibles, parce que leur cause (savoir la privation de l'objet dû) doit toujours être prévue ; il est dispensé des dommages extrinsèques, parce qu'ils sont présumés imprévisibles, leur cause échappant, en général, aux prévisions. Cela revient à dire que l'art. 1150 ne se rapporte qu'à la distinction des causes prévisibles et imprévisibles du préjudice ; il ne fait point allusion à l'hypothèse où la quotité du dommage a dépassé les prévisions (2). C'est d'ailleurs tout à fait logique — ajoute cette doctrine — parce que la quotité des dommages et intérêts étant presque toujours impossible à prévoir, il n'y a que leur cause qui peut l'être. « Prévoir les dommages et intérêts, ce n'est pas en prévoir le montant, car c'est impossible ; la cause peut être prévue, mais les effets échappent aux calculs humains » disait LAURENT (3). « La loi n'exige pas que le chiffre des dommages ait été prévu, ce serait

1) POTHIER, *op. cit.*, n° 161.

2) LAURENT, *op. cit.*, *loc. cit.*

3) LAURENT, *op. cit.*, *loc. cit.*

demander l'impossible » — disait COLMET de SANTERRE (1).

b) Quant à la doctrine de Pothier, la théorie en question est d'avis que l'art. 1150 ne l'exprime pas entièrement. Nous avons vu, continue-t-elle, que le Traité des obligations établit un principe : « Le débiteur de bonne foi n'est tenu que des dommages-intérêts prévus, c'est-à-dire, en général, des dommages-intérêts intrinsèques » (n° 161), et un tempérament d'équité : « Le juge, en cas de bonne foi, doit taxer, avec modération, les dommages et intérêts, quand ils sont considérables » (n° 164). Cependant, le Code civil a conservé le principe et a supprimé le tempérament. Dans le Projet de Code civil de l'an VIII il y avait deux articles, l'art. 46 et l'art. 47. Le premier, c'est l'art. 1150 actuel, adopté sans amendement. Le second disposait : « Le juge doit toujours taxer les dommages-intérêts avec une certaine modération, lorsqu'il n'y a point de dol de la part du débiteur ». Cet article fut rejeté par le Corps législatif. Voici ce que disait BIGOT-PRÉAMENEU à cette occasion : « Ces règles (celles qui ont été conservées dans les articles 1148, 1149, 1150 et 1151), suffisent pour guider le juge, il y eût eu de l'inconvénient à dire que les dommages et intérêts doivent, lorsqu'il n'y a point de dol, être taxés avec modération. La modération est un des caractères de l'équité, mais lorsqu'il est réellement dû des dommages-intérêts au créancier, il ne fallait pas que contre l'équité, on pût induire de la loi que sa cause est défavorable » (2). Par conséquent, puisque l'art. 46, contenant le principe de Pothier, a été conservé (l'art. 1150 du Code civil) et que l'art. 47, contenant le tempérament, n'a pas été admis, il ne faut pas chercher dans l'art. 1150 ce qu'il ne contient pas, c'est-à-dire le tempérament. Ce qui prouve que l'art. 1150 ne consacre que le principe, c'est que le principe et le tempérament se suivent dans le même ordre de succession dans le Projet (l'art. 46 et l'art. 47) et dans le Traité des Obligations (n° 161 et n° 164). Or l'art. 47 étant supprimé, par cela même le n° 164 de l'ouvrage de Pothier a été écarté.

Voyant que le fait de la suppression de l'art. 47 du Projet était un sérieux argument contre son interprétation de l'art. 1150, M. FROT a essayé d'en diminuer l'importance.

1) COLMET de SANTERRE, *op. cit.*, *loc. cit.* ; — Cf. également : BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, *op. cit.*, *loc. cit.*

2) FENET, t. XIII, p. 132 ; — LOCRÉ, p. 380, n° 43,

Si l'art. 47 du Projet, a-t-il dit, n'a pas été adopté, cela ne prouve pas que le codificateur de 1804 ait abandonné le tempérament de Pothier, car l'art. 47 et le n° 164 du Traité des Obligations n'étaient pas identiques. Les deux formules prétendues identiques, diffèrent par un mot qui est capital ; l'une dit : « Le juge doit *toujours* taxer... les dommages-intérêts avec une certaine modération lorsqu'il n'y a pas de dol de la part du débiteur » ; l'autre précise : « ...quand les dommages et intérêts sont considérables, ils doivent être taxés avec une certaine modération si le débiteur est de bonne foi ». La formule de Pothier est parfaitement logique : le juge ne doit modérer les dommages-intérêts que lorsque leur quantum a dépassé les limites de prévision. Le texte de l'art. 47 n'a pas sa raison d'être : le juge serait obligé de modérer les dommages-intérêts *toujours*, quand le débiteur est de bonne foi, même lorsque leur quantum ne paraît pas excessif, même lorsqu'il n'a subi aucune augmentation ! « En vérité, conclue-t-il, il semble difficile de soutenir que la suppression de l'art. 47, *superfétation inéquitable et sans fondement juridique*, est la preuve de l'abandon d'une théorie toute d'équité et de logique » (1). M. VOIRIN réplique à cette subtilité par la remarque suivante : il est vrai que l'art. 47 était mal rédigé. Mais alors pourquoi, au lieu de corriger le texte, trop absolu, l'a-t-on rejeté ? (2)

c) Enfin, le dernier argument contre la théorie du quantum, est l'art. 1633 du Code civil. Il prescrit : « Si la chose vendue se trouve avoir augmenté de prix à l'époque de l'éviction, indépendamment même du fait de l'acquéreur, le vendeur est tenu de lui payer ce qu'elle vaut au-dessus du prix de la vente ». Alors, si l'art. 1150 devait être compris de la façon proposée par la théorie du quantum, comment expliquerait-on la divergence entre l'art. 1150 et l'art. 1633 ? N'est-il pas plus logique de les rapprocher l'un de l'autre et d'éclaircir l'art. 1150, qui est obscur, par l'art. 1633, qui est clair, en disant que l'art. 1633 n'est qu'une application à un cas spécial des règles sur l'estimation des dommages-intérêts, règles dont l'art. 1150 fait par-

1) Fyot, thèse précitée, p. 48-50. — Comp. AUBRY et RAU, *op. cit.*

2) VOIRIN (Pierre), *De l'imprévision dans les rapports de Droit privé*, thèse citée, p. 79.

tie ? Donc, il n'y a pas de raison pour que l'art. 1150 soit entendu différemment de l'art. 1633, article qui est, en quelque sorte, son application ! (1). La théorie d'AUBRY et RAU rejette cet argument, en considérant l'art. 1633 comme une disposition toute spéciale, faisant exception à la règle posée à l'art. 1150. Cette exception se justifie d'abord par la considération que l'acheteur se trouvant, à partir de la vente, chargé de tous les risques de la chose, il est juste qu'il profite aussi de l'augmentation de valeur qu'elle a pu recevoir. Elle s'explique aussi par le motif que le vendeur, tenu en Droit français de transférer la propriété vendue, se trouve, lorsqu'il lui est impossible d'accomplir cette obligation, dans la même position que tout débiteur tenu de la restitution d'une chose que, par sa faute, il lui est impossible de rendre et doit, par conséquent, comme ce dernier, la valeur intégrale de la chose. Et les deux auteurs font observer que « malgré l'existence au titre *Des Obligations* des art. 46 et 47, les rédacteurs du Projet de Code civil avaient eux-mêmes admis, au titre de la vente (art. 54), la disposition » trouve mot à mot reproduite dans l'art. 1633, ce qui prouve jusqu'à l'évidence que l'on a entendu établir en matière de vente une règle spéciale pour la fixation des dommages-intérêts » (2).

A notre avis personnel, c'est la théorie de la cause du dommage qui nous paraît avoir raison. Le fait de la suppression de l'art. 47 du Projet de Code civil est absolument à son avantage. Même si l'on se réfère aux principes généraux de Droit et d'Equité, comme l'ont fait AUBRY et RAU (3), la thèse adoptée par la théorie de la cause ne peut qu'en être consolidée encore davantage. Notre exposé des principes généraux du Code civil (Section A) nous a démontré assez clairement qu'ils ont été fondés sur un postulat de stabilité économique et sociale. Par conséquent, si le législateur avait voulu exprimer par son art. 1150 ce que lui impute la théorie du quantum, il se serait mis en contradiction avec lui-même (4).

1) Voir : BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, *op. cit.*, *loc. cit.*

2) AUBRY et RAU, *op. cit.*, t. IV, § 308, note 41 *in fine*. — Dans le même sens : FRYOT, *op. cit.*, p. 57-58.

3) Voir *supra*, p. 269.

4) Nous ne comprenons vraiment pas comment la doctrine d'AUBRY et RAU a pu tirer de ces principes de droit et d'équité

En dehors de son utilité d'avoir employé la distinction du prévisible et de l'imprévisible, dont nous nous sommes également servi dans la Première partie de la présente étude, l'art. 1150 du Code civil ne peut pas être la base légale de la théorie de l'imprévision, même dans la forme fort restreinte, telle qu'elle ressort de l'interprétation donnée par la théorie du quantum (1).

3. — L'art. 1244, al. 2, attribue un pouvoir discrétionnaire au juge, saisi de la demande en exécution d'une obligation, d'accorder un terme de grâce au débiteur se trouvant dans une position embarrassante et étant de bonne foi. Nous savons qu'en principe le paiement de toute dette (lire : exécution de toute obligation) doit être effectué au terme convenu et intégralement, même si c'est une dette divisible (art. 1134, 1185 *a contrario*, 1220, 1243 et 1244, al. 1^{er} du Code civil). L'art. 1244, al. 2 (rapproché de l'art. 1184, al. 3), fait exception à ce principe, exception dictée par le sentiment d'humanité envers le débiteur qui le mérite. Alors,

une conclusion tout à fait contraire à la nôtre. Ce sont probablement les principes du Droit naturel, dont elle s'est servie, principes capables de donner raison à n'importe quelle solution, même la plus invraisemblable, principes qui sont en dehors de toute réalité sociale et historique, identifiés avec le sentiment personnel de l'auteur qui les applique.

1) Dans le même sens : RIPERT, *La règle morale...*, cité, p. 158, n° 83. — VOIRIN, thèse citée, p. 79. — BRUZIN, thèse citée, p. 349-350. — JACQUEMARD (Louis-Marcel), *La théorie de l'imprévision et la gestion des services publics concédés*, thèse citée, p. 122. — ZAKI (Hamed), *L'imprévision en Droit anglais*, thèse, Paris, 1930, p. 83. — POPESCU (Corneliu-Mihail), *Essai d'une théorie de l'imprévision en Droit français et comparé*, thèse, Paris, 1937, p. 57.

Quant à la jurisprudence, elle n'a jamais été non plus favorable à la théorie du quantum. Voir : Douai, 30 janvier 1891, P. fr. 92.2.169 ; Paris, 23 avril 1902, D. 03.2.323 ; Paris, 11 août 1903, S. 03.2.309 ; Paris, 23 décembre 1910, Gaz. Pal., 5 mai 1911. — Il est curieux de constater qu'aucune des décisions qui ont apporté une modération du montant des dommages et intérêts en raison des circonstances imprévues qui se sont produites au cours des guerres de 1870 et de 1914-18, n'ait fait appel à la disposition de l'art. 1150. Voir : Rouen, 27 mars 1871, D. 1871.3.51 ; Nancy, 14 juillet 1871, D. 1871.2.158 ; Dijon, 16 janvier 1872, D. 1872.2.39 ; Angers, 23 février 1872, D. 1872.2.185 ; — Marseille, 5 novembre 1915, Gaz. Pal. 18 mai 1917 ; Marseille, 10 octobre et 17 novembre 1916, 6 mai 1917, Gaz. Pal. 31 juillet 1917 ; Marseille, 8 juillet 1918, Gaz. Pal. 23 octobre 1918,

si le débiteur est, à l'échéance du terme de droit, dans une position telle qu'elle ne lui permet pas de s'acquitter de sa dette sans être obligé de supporter des sacrifices dépassant ses moyens pécuniaires (ou autres), et s'il s'est trouvé dans cette position par un fait indépendant de sa volonté, le juge a le droit de reculer l'échéance de la dette, ou de « surseoir à l'exécution des poursuites, toutes choses demeurant en l'état, » à une date ultérieure (jusqu'à ce que cette position disparaisse) ou de fractionner la dette, en vue de permettre au débiteur de s'acquitter sans difficulté. Cependant, comme le créancier, étant souvent tenu, lui aussi, d'exécuter certaines obligations vis-à-vis de ses propres créanciers, la loi conseille au juge d'user de cette faculté « avec une grande réserve ».

Que dire de ce précepte du Code civil ? Faut-il en conclure que le Code a sanctionné par là, à titre d'exception, la théorie de l'imprévision ? Nous ne le croyons pas.

Un point est certain et indiscutable : si l'on admettait que l'art. 1244 statuait sur un cas d'imprévision au sens que nous lui donnons, ce ne serait qu'une réglementation partielle et incomplète. Tout d'abord il ne prévoit qu'une sanction : la prorogation du terme échu (ou le fractionnement de la dette, ce qui revient au même). Ensuite, le débiteur ne peut jamais prendre les devants. Il ne peut donc pas prendre l'initiative de demander un délai de grâce pour une dette non-échue, et il ne peut pas non plus, même si la dette est échue, essayer d'empêcher les frais de poursuite, en prenant l'initiative de demander un délai de grâce (1). — La théorie de l'imprévision implique en outre comme sanctions : la résiliation, la prorogation, l'exécution par anticipation et la révision du contrat. Ensuite, elle donne le droit au débiteur (ou plutôt au demandeur) de prendre les devants.

Mais nous ne croyons pas qu'il s'agisse là d'un cas d'imprévision. Le législateur ne s'est préoccupé dans l'art. 1244 que « de la position du débiteur », c'est-à-dire de sa situation personnelle, indépendante de la situation économique générale, dont elle devrait être la conséquence (2).

1) Voir : CASSIN, Cours de doctorat de l'année 1937-1938, cité, p. 249.

2) En ce sens : AUVERNY-BENNETOT (Jean), *La théorie de l'imprévision, Droit privé, Droit administratif, Droit ouvrier*, thèse citée, p. 135.

Par exemple, le cas d'un locataire qui se trouve en situation de ne pas pouvoir payer son loyer en temps convenu, parce qu'il a dû faire soigner un des membres de sa famille d'une maladie dont celui-ci a été atteint ; ayant dépensé tout son argent qu'il avait touché comme traitement et ne pouvant obtenir de personne une somme suffisante à titre d'emprunt, il peut être préservé de l'expulsion de son appartement, en vertu de l'art. 1244, le juge lui accordant un délai de grâce pour le paiement de son loyer. — Que l'art. 1244 n'envisage que des cas de ce genre-là, la preuve en est que le législateur, lorsqu'il a voulu étendre son application à des cas d'imprévision, a été obligé d'apporter une modification au texte dudit article. Au texte primitif, la loi du 20 août 1936 a ajouté la phrase suivante : « et compte tenu de la situation économique... des délais qui emprunteront leur mesure aux circonstances, sans toutefois dépasser un an ». Modifié de la sorte, l'alinéa 2 de l'art. 1244 énonce : « Les juges peuvent néanmoins, en considération de la position du débiteur et *compte tenu de la situation économique*, accorder pour le paiement *des délais qui emprunteront leur mesure aux circonstances, sans toutefois dépasser un an*, et surseoir à l'exécution des poursuites, toutes choses demeurant en l'état ». La loi de 1936 a donc apporté deux innovations : a) le juge ne tiendra désormais plus compte seulement de la position du débiteur indépendamment de la situation économique, mais encore de la position résultant de cette situation ; et b) la loi ne conseille plus au juge d'exercer son pouvoir « avec une grande réserve », mais de l'exercer selon ce que lui dictent « les circonstances ».

Il s'ensuit que la théorie de l'imprévision n'a été consacrée par le Code civil qu'à partir de cette loi du 20 août 1936. Néanmoins, une partie de la doctrine, notamment M. Julien BONNECASE, a vu dans l'art. 1244 primitif une disposition concernant une réglementation partielle de la théorie de l'imprévision, se contentant pour le reste de recourir aux principes fondamentaux du droit et de l'équité (art. 565 et 1135 du Code civil) (1). Mais justement, comme nous l'avons déjà souligné, ces principes fondamentaux, animés

1) BONNECASE (Julien), *Précis de Droit civil*, t. II, Paris, 1934, n° 387 ; — DU MÊME AUTEUR : *Supplément au Traité théorique et pratique de Droit civil de G. Baudry-Lacantinerie*, t. III, 1936, nos 314 et 315.

de la croyance en une stabilité constante de la situation économique, ne permettent pas une interprétation autre que celle que nous avons donnée de l'art. 1244, al. 2. Le législateur de 1804, en l'édicteant, n'avait nullement en vue le phénomène de l'imprévision. La doctrine de M. BONNECASE est donc mal fondée, au même titre que celle d'AUBRY et RAU à propos de l'art. 1150.

4. — L'article 1889 déroge, comme nous l'avons déjà dit, aux principes généraux en matière de terme, à l'instar de l'art. 1244, al. 2. On se souvient que, de droit commun, le terme ne peut jamais être devancé par le créancier, lorsqu'il est stipulé au profit du débiteur. Tel est bien le cas en matière de prêt à usage ou de commodat, matière dont l'art. 1889 fait partie. Cependant, cet article porte que « si pendant ce délai, ou avant que le besoin de l'emprunteur ait cessé, il survient au prêteur un besoin pressant et imprévu de sa chose, le juge peut, suivant les circonstances, obliger l'emprunteur à la lui rendre ».

Est-ce un cas d'imprévision ? Oui, sans doute. L'art. 1889 le dit expressément : « s'il *survient* au prêteur un besoin pressant et *imprévu* de sa chose... » C'est toujours un cas dont le prêteur ne pouvait pas, au moment du contrat, envisager l'éventualité (autrement il n'aurait pas fixé le terme au jour convenu, mais bien plus avant). Cependant, l'article en question n'est d'aucune utilité pour la théorie de l'imprévision. La raison en est, comme pour les contrats à titre gratuit, que le contrat de prêt à usage est un contrat *désintéressé*, c'est-à-dire un contrat dans lequel un des contractants (le prêteur), mû par le désir de rendre service à l'autre (à l'emprunteur), ne s'appauvrit pas à son profit, mais ne reçoit rien en échange de la prestation qu'il fournit ou s'engage à fournir. Il lui prête sa chose (qui reste toujours sienne) à usage, sans en demander l'équivalent. L'emprunteur, après s'être servi de la chose empruntée, doit la restituer au prêteur dans l'état où elle était lorsqu'il l'a reçue. La nature juridique du contrat même en exclut l'application de la théorie de l'imprévision, qui exige que la valeur des obligations réciproques soit susceptibles de varier du jour de la conclusion au jour de l'exécution du contrat. Ici, ce n'est point le cas. Si la valeur de la chose prêtée a augmenté ou diminué pendant le temps qu'elle était entre

les mains de l'emprunteur, l'obligation de la rendre incombant à ce dernier, n'a subi aucun changement. L'emprunteur ne s'est ni enrichi ni appauvri par cette augmentation (ou diminution). Ce changement n'a rien rapporté à son patrimoine ; il ne l'a non plus en rien diminué. Il s'est tout simplement servi de la chose. — Quant au prêteur, il se trouve appauvri si la chose a diminué de valeur ; mais il n'a rien à reprocher à l'emprunteur, parce qu'il a voulu lui rendre un service gratuit, en lui prêtant l'usage de sa chose, et surtout parce que celui-là ne s'est point enrichi aux dépens du prêteur, et n'a point profité de la diminution de valeur de la chose empruntée. D'autre part, les choses données en commodat ne sont pas des articles qui font partie des marchandises du prêteur commerçant. Ce sont plutôt des choses servant à son propre usage (une voiture, un livre, un cheval).

Pourtant, il n'est pas impossible de supposer que la chose prêtée soit une marchandise. En ce cas, le prêteur aurait intérêt à la vendre, si la baisse de sa valeur sur le marché l'expose à subir une grosse perte, c'est-à-dire s'il ne la vend pas aussitôt que la baisse a commencé. Cette conjoncture justifierait peut-être le devancement du terme de restitution de la chose par l'emprunteur, car ce serait vraiment un cas de besoin « pressant et imprévu » de la chose, comme s'exprime l'art. 1889, et, par conséquent, un cas d'imprévision. Cette solution qui serait très juste, d'ailleurs, et qui correspondrait sans doute à la nature du contrat de commodat, serait certainement une solution toute neuve, l'art. 1889 lui étant absolument étranger. Le besoin « pressant et imprévu », dont il parle, ne concerne que l'usage personnel du prêteur de la chose prêtée et nullement le besoin de la vendre en raison de la baisse de sa valeur. (1).

Conclusion : si les principes généraux du Code civil sont hostiles à la théorie de l'imprévision, ses textes spéciaux, malgré leur apparence et le caractère séduisant de leur rédaction, ne lui sont pas davantage favorables.

1) Nous avons intentionnellement exclu le cas de hausse, parce qu'il serait moins conforme au caractère moral des contrats désintéressés. L'on ne peut pas justifier le devancement du terme d'un contrat de prêt à usage en raison d'une éventuelle privation d'un gain considérable. L'amitié, le dévouement, la

TITRE III

Principes du Code Civil en face de la vie du Droit

Le Code civil français, comme tous les codes, est une œuvre qui a rassemblé les règles juridiques éparses du droit antérieur, écrit et coutumier, éclairé par la doctrine des grands maîtres de l'Ancien droit et par la jurisprudence des Parlements, en les groupant en un système de règles précises, arrangées suivant les matières et en un ordre logique. C'est d'ailleurs le sens du terme de codification. — Mais, comme c'est, d'autre part, un code né à une époque établissant un ordre social nouveau, il contient, en outre, des préceptes apportant certaines réformes, conformes à l'idéal de la société future imaginée par les hommes de la Révolution française. Ces préceptes ont été érigés en véritables dogmes.

Certaines règles de l'Ancien droit ont été entièrement adoptées, certaines retouchées, certaines modifiées ou supprimées, des lacunes ont été comblées... Cette grandiose entreprise d'élaboration du droit écrit, fascina le législateur, le jurisconsulte, le juge, et laissa croire que tout le Droit était contenu dans le Code, et que celui-ci était capable de donner solution à tout problème juridique et satisfaction à tout intérêt légitime. Cette fiction de plénitude du Code civil se justifiait, ainsi que nous l'avons constaté, par la croyance dans une stabilité économique, sociale et monétaire, inébranlable, et par les idées préconçues sur le développement futur de la société bourgeoise, idées empruntées à l'enseignement de l'Ecole économique libérale.

La fixité des règles du Code, dont le nombre est limité une fois pour toutes, le rôle passif du juge, simple agent d'application de la loi, principes qui expriment une statique juridique, un élément conservateur, une tendance à s'opposer à toute innovation, auraient pour effet pratique un dynamisme jusqu'alors inconnu sur le terrain de l'activité de toute sorte. Et c'est précisément cette statique, cette immobilité du droit qui garantiraient le mieux la liberté de chacun, en lui rendant possible l'épanouissement de ses forces

générosité, qui servent de base à cette espèce de contrats, doivent passer, de préférence, avant l'esprit du lucre.

matérielles et intellectuelles au maximum... avec le minimum d'intervention de l'autorité publique, de quel côté que ce soit, dans les rapports individuels. Les hommes sont nés égaux et le restent jusqu'à la fin de leur vie. L'égalité implique le besoin de liberté. Mais cette liberté doit être garantie par le droit objectif. N'est-ce pas la meilleure garantie de la liberté que le désintéressement presque total de la sphère de l'activité humaine de la part de ce même droit objectif ? Ne la générerait-il pas s'il réglementait minutieusement son exercice ? En principe, il s'est abstenu de toute intervention : c'est la garantie passive de la liberté individuelle. Cependant, d'une part, pour éviter l'anarchie, le droit objectif lui a posé quelques limites qu'elle ne peut nullement dépasser : le respect de l'ordre public et des bonnes mœurs (art. 6 et 1153 du Code civil), et, d'autre part, pour ne pas la rendre chimérique dans certains cas, il a édicté des règles spéciales en vue de la protéger activement : l'intervention par exception. Cette intervention n'a pu avoir lieu que lorsque la liberté était mise en question, soit par l'effet d'une infériorité provenant de la constitution physique ou mentale de l'individu : la minorité, l'incapacité (aliénation mentale, prodigalité, femme mariée), soit par des manœuvres de son partenaire menaçant l'exercice de sa liberté : la violence, le dol, soit par son état psychologique momentané et excusable : l'erreur, ou, enfin, par une nécessité économique passagère qui l'oblige à accepter les conditions imposées par son partenaire contre sa volonté réelle : la lésion. Dans tous les autres cas, notamment dans le cas de dépendance économique et sociale constante des uns vis-à-vis des autres individus, le droit objectif doit rester indifférent, inactif, simple spectateur. Contre cette dernière éventualité de l'échec de la liberté individuelle, l'individu se défend par ses propres moyens. Il a à sa disposition un puissant instrument juridique — le contrat, lui permettant de discuter librement toutes les conditions que lui offre son partenaire. Il peut les accepter ou les refuser à son gré. Si le patron a besoin du travail et l'ouvrier du salaire, économiquement l'ouvrier est plus dépendant du patron que ce dernier de son ouvrier. Mais juridiquement, ils sont égaux, indépendants l'un de l'autre, l'ouvrier pouvant contraindre le patron à discuter avec lui

les conditions du contrat de travail, car il peut aller chercher du travail chez un autre patron. Au point de vue juridique, les volontés sont autonomes, et c'est la garantie suffisante contre la dépendance économique.

Ainsi, abandonnés à leur initiative personnelle, considérée comme le meilleur moyen du progrès matériel, les individus, guidés par leurs intérêts égoïstes, neutraliseraient leurs tendances divergentes et opposées dans les rapports contractuels. Par les contrats, on créerait, échangeerait et partagerait des richesses sur une base d'équité et de justice. A chacun selon ses capacités, à chacun selon son travail, et la justice la plus parfaite règnerait dans la société — telle était la devise de l'individualisme et du libéralisme de l'époque révolutionnaire, ouvrant une nouvelle ère dans l'histoire de l'humanité, ère de la démocratie bourgeoise.

Cependant, la vie ne marche jamais en ligne droite ; elle a ses propres lois que l'intelligence des hommes ne peut pas saisir et canaliser selon ses plans et ses désirs. Elle lui réserve les surprises les moins espérées, et plus les plans sont rigides, généralisateurs, moins ils sont souples, adaptables et pliants, — la vie, étant excessivement complexe et fuyante, est plus rebelle. C'est ce que nous a démontré l'histoire de tous temps, et plus particulièrement l'histoire des 19^e et 20^e siècles, en face des principes du Code civil, en face des plans trop simplistes relatifs à la direction de la vie sociale (posés par les idéologues bourgeois), en face de la conception mécanique de la société, cette force vivante qui a si peu de mécanique en elle.

Nous allons dessiner un à un maintenant, en lignes très brèves, les échecs qu'ont subis les idées directrices du Code civil, dès qu'elles se sont détachées de l'empire des abstractions et sont tombées dans le remous de la vie réelle. Examinons donc : la fiction de la plénitude du droit écrit dans la théorie et dans la pratique, le sort de la théorie de l'autonomie de la volonté et du dogme de la stabilité économique et monétaire.

Section A

FICTION DE LA PLÉNITUDE DU DROIT ÉCRIT

Il est quelque peu normal qu'un codificateur, qui vient de doter le peuple d'une œuvre magistrale de codification, telle que celle qui se fit jour en France en 1804, ait la prétention d'avoir tout dit et tout prévu, mettant le point final à l'élaboration juridique. C'est une satisfaction et une récompense qu'il se donne à lui-même pour le dur et soigneux travail qu'il vient d'effectuer. Psychologiquement, il lui serait vraiment difficile d'avouer que son œuvre est imparfaite et insuffisante. Mais ce n'est et ne peut être qu'une prétention. C'est commettre une erreur impardonnable que d'y voir la moindre vérité et d'y croire, parce que c'est impossible, avant tout. On peut avoir de bonnes et de mauvaises lois ; on peut en avoir aussi de plus ou moins complètes, mais jamais de tout à fait complètes et d'achevées, parce que la nature même des choses s'y oppose. Une loi, revêtue du caractère d'une règle générale dans l'intérêt commun, n'est, en effet, que l'expression de la pensée, de l'idée et de l'intelligence d'un ou de plusieurs hommes, qui observent la réalité du passé et du présent et une réalité imaginaire du futur. Devant la réalité du passé, ils disposent d'un droit antérieur qu'ils adoptent, complètent ou réforment, suivant les exigences et les nécessités du présent. Devant la réalité du présent, ils ne peuvent envisager que les cas qui sont fréquents, ordinaires ou du moins accessibles à leur esprit. Ils omettent obligatoirement les cas extraordinaires et inconnus, qui ne se sont pas encore présentés dans la pratique ou qui échappent à leur pensée. Quant à la réalité du futur, ils ne peuvent que l'imaginer, l'expérience leur manque forcément. Ils lui donnent une direction, mais elle peut en prendre une autre, et cela d'autant plus lorsque la codification apparaît à une époque qui ouvre une nouvelle ère sur le plan économique, politique et social, ère qui commence seulement. Quelles seront ses péripéties, quelles seront ses fins, nul ne peut le savoir, le législateur pas plus que les autres. Ce phénomène est propre à toute législation, aux législateurs de tous temps. Le Droit romain en est un excellent exemple : à côté

du *jus civile*, il y avait le *jus prætorium*, ce dernier adaptant le droit écrit aux nécessités du moment, comblant ses lacunes, adoucissant ses rigidités. Le grand PORTALIS l'énonçait devant le Corps législatif, à la veille de la promulgation du Code civil, en termes saisissants : « Tout prévoir est un but qu'il est impossible d'atteindre... une foule de choses est nécessairement abandonnée à l'empire des usages, à la discussion des hommes instruits, à l'arbitrage des juges. L'office de la loi est de fixer par des grandes vues les maximes générales du Droit et non de descendre dans les détails. C'est à la jurisprudence dont on ne peut pas plus se passer que de la loi, que nous abandonnons les cas rares et extraordinaires... » (1). « Les auteurs du Code se sont défendus de vouloir tout régler et tout prévoir... Comment enchaîner l'action du temps ? Comment s'opposer au cours des événements, ou à la pente insensible des mœurs ? Comment connaître et calculer d'avance ce que l'expérience seule peut nous révéler ? C'est à l'expérience à combler successivement les vides que nous laissons... Les Codes se font avec le temps, mais à proprement parler, on ne les fait pas » (2).

Pourtant, il a fallu 80 ans de doctrine de l'Exégèse pour que cette vérité évidente sur la nature des lois et des codes, réapparaisse sous la plume et dans la bouche des juristes modernes (3).

L'Ecole de l'Exégèse a eu, d'une part, le mérite d'avoir été fidèle à la pensée et à la prétention du législateur de 1804 et, d'autre part, le tort d'avoir approuvé le bien fondé de cette prétention. Grâce à elle, nous sommes en état de pouvoir dévoiler le véritable sens des préceptes du Code, en interprétant le Code, comme disent AUBRY et RAU, par lui-même (4). Ce « procédé le plus sûr » nous recommande de rechercher, en cas d'imprécision et d'obscurité des textes, avant tout, l'intention du législateur, et cela à l'aide de l'es-

1) Voir : FENET, *Travaux préparatoires du Code civil*, t. I, p. 469-476.

2) FENET, *Discours préliminaire du Premier projet*, p. XIX-XX

3) Pour la première fois dans l'ouvrage de M. François GÉNY, *La Méthode...*, cité, dont la première édition vit le jour en 1899.

4) AUBRY et RAU, *Cours de Droit civil français*, t. I, p. 198, § 41.

prit général de la législation (la loi postérieure l'emporte sur la loi antérieure, la loi spéciale sur la générale, l'exception sur la règle ; toute règle n'est qu'une partie de l'ensemble du système ; l'exception doit être strictement interprétée ; etc.), des sources qui l'ont précédé, telles que : les lois de l'Ancien droit et du Droit révolutionnaire, les opinions des anciens auteurs et les arrêts de l'ancienne jurisprudence, le Droit romain, la coutume, les discours et les discussions qui l'ont préparée, enfin des motifs et des buts que la loi s'est proposée de poursuivre (1). Ainsi, en fondant les préceptes du Code sur les données qui leur sont propres, on évitera d'introduire dans les textes un esprit qui leur est étranger ; on saisira leur sens exact, on s'arrêtera juste aux limites qu'ont tracées eux-mêmes à leur étendue et on n'ira pas au-delà.

Rien de plus scientifique et de plus positiviste que cette partie de la méthode de l'Ecole classique d'interprétation des lois !

Cependant, en face de la pression croissante des faits, causée par une intensification de la vie économique et sociale qui s'est déroulée au lendemain de la promulgation du Code civil et qui a engendré des rapports et problèmes juridiques nouveaux dont les rédacteurs du Code n'avaient eu aucune idée, l'Ecole traditionnelle s'est montrée d'abord conservatrice ; forcée ensuite de faire des concessions, elle a élaboré une doctrine absurde sur la conception de la loi et du rôle du juge. Le plus grand tort qu'elle a eu est d'avoir confondu l'interprétation des lois avec le besoin de la création du droit nouveau par la jurisprudence. Il est vrai d'ailleurs qu'elle n'ignorait pas, dès l'abord, la possibilité de lacunes dans le Code civil vis-à-vis des faits posant des problèmes nouveaux à résoudre ; mais, docile jusqu'à l'extrême au principe de la Séparation des pouvoirs, elle n'admettait pas que ces lacunes fussent comblées par un pouvoir autre que le pouvoir législatif. Le pouvoir judiciaire, en qualité

1) DEMOLOMBE (C.), *Traité de la publication des effets et de l'application des lois en général*, t. I, Paris, 1880, n° 115. — Dans le même sens : AUBRY et RAU, *op. cit.*, p. 194, n° 40 ; p. 197-198, n° 41 ; — LAURENT, *Principes de Droit civil français*, t. I, p. 29, n° 24 ; p. 347, n° 274.

d'interprète, peut et doit signaler les lacunes, les imperfections et les défauts de la législation qu'il est appelé à appliquer, mais c'est au législateur de la corriger et d'y apporter des innovations (1). Malheureusement, le législateur n'était pas capable d'accomplir la lourde tâche qu'on lui attribuait : il ne pouvait pas statuer sur chaque cas nouveau qui surgissait, et la plupart du temps il restait inactif, en attendant que la pratique éclaire de tous les côtés les problèmes dont elle était journellement saisie, pour qu'il puisse intervenir ensuite et les trancher efficacement (2). Se trouvant devant cet état de choses, l'Exégèse, ne voulant pas abandonner le principe, a eu recours à la fiction de la plénitude du Droit écrit, en soutenant que les solutions nouvelles, apportées par la jurisprudence, n'avaient nullement le caractère d'innovations et ne devaient point l'avoir : elles doivent toujours être tirées des textes de la loi, même si ces textes sont silencieux, en supposant, en ce dernier cas, que telle serait la volonté du législateur s'il avait statué sur cette question. Ainsi fut créée la méthode de constructions juridiques se basant sur la recherche de la volonté du législateur au moyen : de la comparaison des textes légaux, de l'induction, de la déduction et d'une série d'opérations logiques de toutes sortes, capables de donner la solution à n'importe quelle difficulté que soulevait la pratique des tribunaux, en la justifiant par une volonté du législateur tantôt expresse, tantôt tacite. Ayant affaire à d'innombrables variétés de problèmes tout nouveaux, sa tâche consistant à dissimuler la réalité était vraiment excessivement pénible. Pour l'accomplir, elle a créé une dialectique légale admirable, dont elle a enrichi, d'après M. GÉNY (3), la science juridique. Il est curieux de citer quelques arguments dont elle se servait pour « camoufler » le fait de la création du droit nouveau et extralégal ; par exemple : « *ab ordine* » ; « *a definitione* » ; « *ab etymologia* » ; « *a vulgari usu loquendi* » ; « *a generalitate* » ; « *a contrario sensu* » ; « *a subjecta materia* » ; « *ab exceptione*

1) Voir : LAURENT, *op. cit.*, t. I, p. 42, n° 29.

2) Voir : GÉNY, *Méthode...*, t. I, p. 132.

3) GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 132.

ad regulam » ; « *a simile* » ; « *à pari* » ; « *a fortiori* » ; « *a verisimile* » ; « *a correlativis* » ; « *ab absurdo* » ; « *a ratione legis stricta* » ; « *a ratione legis ampla* » ; « *a cessante ratione* » ; « *a superfluitate* » ; « *ab auctoritate* » ; « *ab impossibile* » ; « *ab usitato* » ; « *ab æquipotentibus* » ; « *a majori ad minus* » ; « *a minori ad majus* » ; « *inclusionem unius, fit exclusionem alterius* » ; etc. (1).

Il n'est pas difficile de constater que cette méthode, en dehors de son caractère hypocrite qu'aucune nécessité ne justifie d'ailleurs, est très dangereuse, et cela pour plusieurs raisons : 1° Tout d'abord, elle rend la science juridique, qui a besoin plus qu'aucune autre science abstraite de clarté, fort obscure. Elle est en contradiction avec l'histoire, avec le caractère social du Droit, avec les faits ; elle est, de plus, contraire à la volonté du législateur à laquelle elle tient tant, en imputant à celui-ci des idées qu'il n'avait point, étrangères à son esprit, idées dont il aurait souvent donné, s'il les avait prévues, des solutions inverses. N'est-il pas plus simple de dire, après avoir examiné le sens des textes existants, en remontant à l'époque de leur élaboration, qu'ils sont impuissants à résoudre la question dont il s'agit, soit parce qu'ils sont insuffisants, soit parce que, étant opposés à la solution qui s'impose, ils ont en vue une structure sociale différente de celle d'à présent, et de reconnaître, après tout, que la solution adoptée est la création d'une règle nouvelle, élaborée par la jurisprudence et possédant le caractère juridique et la force obligatoire, après être devenue coutumière ?

2° D'autre part, cette méthode prête sans limite à l'arbitraire et ne dispose d'aucun critère objectif ; ayant eu pour but d'éviter le subjectivisme du pouvoir judiciaire, en ne le dotant pas de la faculté de suppléer à la loi, elle y tombe malgré elle, car elle lui confie cette faculté quand même, mais sans prendre de précautions contre l'abus. Dès lors, le juge a le droit de scruter la volonté imaginaire et irréaliste du législateur, en usant des arguments de la logique pure, dont le bien fondé, dépourvu de données positives, ne dépend que de son intelligence et de son habileté de

1) Voir : SPRUYT (H.), *Introduction à la dialectique légale*, cité par M. Van der EYCKEN, *op. cit.*, p. 37.

construire et de spéculer. La volonté qu'il découvre de la sorte et qu'il nomme la « volonté du législateur » n'est, dans la plupart des cas, que sa propre volonté. Et cette volonté du juge, se cachant derrière une fiction, peut n'avoir pour motif que le sentiment personnel, parfois le caprice.

3° Enfin, elle gêne beaucoup l'épanouissement libre des institutions juridiques existantes et la création de règles nouvelles. Nous ne voulons pas dire, par là, que cette méthode empêche tout développement et toute adaptation du Droit positif aux exigences de la vie. Au contraire, ses efforts sont au service de l'évolution. Seulement, vu son idolâtrie pour la volonté législative, même lorsqu'elle n'est que fictive, la méthode exégétique a toujours rendu inutilement tardive toute réforme ou innovation juridique ; celle-ci n'ayant jamais sa formule définitive que par étapes et par tâtonnements, alors que la vie moderne demande la vitesse et la rapidité. Que nous servent d'exemple, parmi beaucoup d'autres, les principales étapes de l'interprétation de l'art. 1121 du Code civil, spécialement en matière d'assurance sur la vie, avant l'intervention de la loi du 13 juillet 1930. Tout d'abord cette assurance d'un capital au profit d'un tiers est considérée comme une donation de cette somme, entrée dans le patrimoine de l'assuré pour en ressortir au profit du bénéficiaire. (Cass. 16 novembre 1874, S. 75.1.107). Dix ans plus tard, la Cour de cassation juge que pareil contrat fait immédiatement naître, pour le bénéficiaire, un droit direct contre l'assureur (Cass., 2 juillet 1884, S. 85.1.5 ; D. P., 85.1.150). De cette idée, quelques années après, on déduira qu'en cas de faillite le syndic ne peut demander la nullité de l'assurance souscrite au profit d'un créancier pendant la période suspecte (Cass. 16 janvier et 27 mars 1888, S. 88.1.121 ; D. P. 88.1.77), et que la firme du failli ne peut réclamer le montant de l'assurance souscrite en sa faveur, sauf à restituer la valeur des primes à la masse (Cass. 22 février 1888, S. 88.1.121). Enfin, en 1896, le capital assuré n'est pas compté pour le calcul de la réserve ni de la disponible (Cass. 29 juin 1896, S. 96.1.361 ; D. P. 97.1.73). (1).

1) Voir : PERREAU (E.-H.), *Technique de la jurisprudence en Droit privé*, Paris, 1923, t. I, p. 58.

Hypocrite, subjective, conservatrice, l'Ecole de l'Exégèse, qui a eu pendant tout un siècle l'autorité d'une doctrine courante et qui domine encore, même de nos jours, aux barreaux, aux tribunaux et aux Cours et non pas moins dans l'enseignement de nos Facultés de Droit, a toutefois sa logique et son apologie. Malgré les absurdités auxquelles elle est arrivée, son existence est justifiée par la nature même du raisonnement humain. La vérité ne se dégage que par les efforts lents et douloureux de la pensée. Avant de la faire éclater dans toute sa splendeur, la pensée s'égare, fait des demi-tours, commet des erreurs et confusions. Et comme la révolution politique ou sociale, qui vient corriger les défauts du système précédent, la révolution dans le domaine de la pensée, vient redresser les erreurs qui sont sur le point de la compromettre. Ainsi, l'Ecole contemporaine de l'interprétation et des sources du Droit, ne doit-elle pas sa naissance à l'Exégèse qu'elle a soumise à une critique violente ? Ni dans la vie sociale, ni dans la pensée, la révolution n'est un produit du hasard ; elle se prépare longtemps par un processus sédimentaire d'événements s'enchaînant les uns les autres en un lien de causalité : le passé était déjà gros du présent, comme le présent est plein de l'avenir.

Au point de vue pratique, l'Exégèse a suivi la réalité, bien qu'un peu en retard (ce retard, d'ailleurs, a peut-être dépendu des conditions sociales), presque aussi fidèlement que le propose l'Ecole contemporaine. Elle nous a appris, malgré elle, que la garantie des citoyens, consacrée par le principe de la Séparation des pouvoirs, se rencontre tout aussi bien dans leur collaboration (1). Qu'il nous soit permis de rappeler maintenant quelques exemples de la création du droit nouveau par la jurisprudence, à côté et parfois à l'encontre du Code civil, nous démontrant : la caducité de la fiction de la plénitude du Droit écrit et de celle de l'omnipotence du pouvoir législatif, comme la nécessité absolue d'un rôle actif de la jurisprudence dans le domaine de l'élaboration des règles juridiques. En ne nous arrêtant que sur les plus fameux et les plus saillants, nous allons passer en revue :

1) Voir : PERREAU, *op. cit.*, t. II, p. 324.

1° La dérogation à la règle de la défense de recherche de la paternité ;

2° La théorie de l'abus des droits ;

3° La théorie de l'équivalence des obligations contractuelles ;

4° La théorie de l'astreinte ;

5° La théorie de la suspension des contrats ; et

6° La théorie de l'enrichissement injuste ou sans cause.

Ad 1°. — La famille, étant la cellule de la société bourgeoise, issue de la Révolution française, le législateur de 1804 a pris soin de la protéger autant qu'il l'a pu. L'article 340 du Code civil interdisant la recherche de la paternité naturelle est une des mesures en faveur de la famille. Le législateur a voulu par là punir la mère coupable, s'étant livrée au commerce charnel hors mariage, en laissant peser tout le poids de l'éducation de l'enfant en résultant sur elle, afin de contraindre les jeunes filles et les femmes non-mariées à contracter mariage avant de s'unir à un homme. Il a voulu également diminuer la possibilité d'introduction dans la famille du père d'un enfant qui aurait été le fruit d'une liaison irrégulière, en rendant, une fois de plus, la situation sociale de l'enfant naturel inférieure à celle de l'enfant légitime. Enfin : la crainte des scandales et des chantages auxquels pouvaient donner lieu les procès en recherche de la paternité naturelle, comme la difficulté, parfois l'impossibilité, d'arriver à faire, avec certitude, la preuve de la paternité, du moment qu'on se trouve en dehors des présomptions légales de cohabitation et de fidélité qui établissent la paternité dans le mariage, — ont été aussi les motifs décisifs de cette disposition légale. En peu de mots, la moralité publique et les considérations d'ordre social en ont été à l'époque la raison principale. Par conséquent, l'art. 340 était une prescription impérative à laquelle on ne pouvait pas déroger. Le caractère d'ordre public de cet article ressort également de sa lettre qui ne laisse aucun doute. Il disait : « La recherche de la paternité est interdite. Dans le cas d'enlèvement, lorsque l'époque de cet enlèvement se rapportera à celle de la conception, le ravisseur pourra être, sur la demande des parties intéressées, déclaré père de l'en-

fant ». Seul, l'enlèvement coïncidant avec la conception, figurait comme exception à la règle. Ni le rapt, ni la séduction, ni le viol (ce dernier étant, en somme, un enlèvement momentané) ne pouvaient adoucir la sévérité inflexible du principe.

Dès son entrée en vigueur, l'article 340 s'est révélé inique et inhumain dans ses résultats. Les enfants naturels étaient victimes d'une conception qui ne correspondait pas à la réalité, tout à fait innocents qu'ils étaient du fait de leur naissance, que nul ne pouvait leur reprocher. D'autre part, il n'y avait aucune raison plausible pour que la mère coupable fût traitée plus mal que le père complice. En outre, le but d'éviter les naissances hors mariage, qui motivait l'art. 340, ne fut pas atteint : le nombre d'enfants naturels étant aussi grand qu'avant l'interdiction de la recherche de la paternité, sinon plus encore. La crainte des scandales, des chantages et la difficulté de la preuve, étaient très faiblement justifiées. Il y a bien des procès qui sont plus scandaleux que la recherche de la paternité naturelle, tels que : le divorce pour adultère, le proxénétisme, ou l'outrage aux mœurs, et que le législateur ne pense pas à interdire. Quant à la difficulté d'administrer la preuve de la paternité, elle peut exister, mais ce n'est pas une raison pour le législateur de pencher dans le sens du moindre effort. Il est même des cas où il n'y a aucune difficulté de preuve : le viol, la cohabitation des deux concubins et tant d'autres présomptions que l'on pourrait invoquer.

La conscience publique, dont le porte-parole fut la littérature romanesque et dramatique, se souleva contre l'art. 340. Sous la pression de cette protestation, qui eut également son écho sur les bancs du Parlement, le législateur édicta la loi du 16 novembre 1912, supprimant l'ancien art. 340 et le remplaçant par un régime de recherche de la paternité en justice, permise et organisée dans certain nombre d'hypothèses limitativement déterminées (1).

Mais la jurisprudence fut le précurseur et l'avant-garde de la réforme législative. En dénaturant la lettre de l'art. 340,

1) Voir à ce sujet : WAHL (Albert), *La recherche de la paternité naturelle d'après la loi du 16 novembre 1912*, Rev. trim. de Droit civil, 1913, p. 5 ; — SAVATIER (R.), *La recherche de la paternité*, Paris, Dalloz, 1927.

elle devança l'œuvre du législateur de 1912 de presque cinquante ans. Voici les solutions hardies auxquelles elle aboutit :

a) De nombreux arrêts ont admis le droit pour la fille-mère victime d'une séduction dolosive caractérisée par une promesse de mariage, par un abus de la différence d'âge, de la situation sociale, ou d'un rapport de subordination, de réclamer au prétendu père de son enfant la réparation du préjudice résultant pour elle de sa grossesse et de la naissance de l'enfant mis à sa charge (1). Bien que cette solution n'eût pas pour effet la reconnaissance de l'enfant naturel par le père et la constitution à l'enfant d'un état déterminé, elle représentait sans doute un moyen de recherche de la paternité, ce que l'art. 340 interdisait formellement. La jurisprudence répondait à l'objection d'avoir violé l'art. 340, en disant que cet article interdit la recherche de la paternité naturelle, mais ne s'oppose pas à la réparation d'un préjudice injustement causé à la fille-mère par le séducteur. Le juge n'a pas à rechercher si le séducteur est le père de l'enfant ; en agissant contre celui-là, on fonde l'action sur le principe très général que chacun doit réparer le dommage causé par sa faute, principe consacré par l'art. 1382 du Code civil. — Il n'est pas difficile de repousser cette argumentation. L'art. 1382 est une règle générale ; l'art. 340 une règle spéciale et de caractère impératif. Or, la maxime : *Lex specialis derogat legi generali* ne permet, certes, pas une opération inverse : *Lex generalis derogat legi speciali*, opération qu'a faite la jurisprudence. En appliquant l'art. 1382, la jurisprudence amène à la recherche indirecte de la paternité naturelle : elle doit constater au préalable qui est le père de l'enfant, pour pouvoir le condamner ensuite à réparer le préjudice qu'il a causé par sa faute ; il est évident qu'elle déroge, par là, à une règle qui est d'ordre public. Enfin, même si l'on admettait que la solution ci-dessus est fondée sur l'art. 1382, et qu'elle n'est pas, en conséquence, une innovation, il est des décisions qui ont admis qu'une réparation pouvait être due,

1) Voir : Civ., 26 juillet 1864, D. P., 64.1.347 ; S. 65.1.33 ; -- Req. 23 avril 1901, D. P. 1901.1.360 ; 12 novembre 1901, D. P. 1902.1.46 ; S. 1902.1.237.

quoiqu'il n'y ait pas eu séduction : l'absence de séduction rend la faute commune, elle atténue la responsabilité, mais ne la supprime pas. En effet, comme l'écrivait M. CHARMONT, par la force des choses, le juge, « arbitre de l'application de la loi aux espèces individuelles, sera toujours un agent d'adaptation, de modification du droit » (1).

b) Ayant déjà déblayé le terrain par la solution précédente, la jurisprudence pouvait en admettre une autre sans s'exposer à de nouvelles objections : elle a reconnu valable l'engagement par lequel un homme s'oblige à nourrir et à élever son enfant naturel non reconnu ; la cause de cet engagement se trouve, d'après les tribunaux, dans l'obligation naturelle créée par le lien de filiation, laquelle se transforme, par l'exécution ou par la reconnaissance volontaire de la part du débiteur, en vertu de l'art. 1235, 2° al. du Code civil, en une obligation civile (2). L'existence de cet engagement peut résulter non seulement d'un écrit produit en justice, mais encore d'un commencement de preuve par écrit que corroboreraient des présomptions, telles que le paiement, par le père, des frais d'accouchement, ou l'exécution antérieure de ses promesses, circonstances analogues à une possession d'état d'enfant naturel (3).

L'objection contre la légalité de cette solution demeure la même que contre celle qui précède : pour reconnaître la validité de l'engagement du père naturel, il faut établir l'existence d'une obligation naturelle, dont la cause est le lien de filiation. Par conséquent, il faut commencer par prouver l'existence de ce lien de filiation. Or, c'est contraire à la lettre de l'art. 340 ! — Il est donc hors de doute que cette solution jurisprudentielle représente la création d'un droit nouveau différent et opposé au droit du Code civil. Seulement, le rôle actif de la jurisprudence qu'elle

1) CHARMONT (Joseph), *Sources du Droit positif à l'époque actuelle*, Extrait de la Revue de Métaphysique et de Morale, 1905, p. 10.

2) Cass., 3 avril 1882, D. 82.1.250 ; — Req., 30 juillet 1900, D. P. 1901.1.502 ; S. 1901.1.259 ; — Dijon, 20 juillet 1904, D. P. 1907.2.184.

3) Paris, 18 février 1910, S. 1910.2.220.

s'est attribué à elle-même, se trouve dissimulé, ici, comme ailleurs (1).

Ad 2°. — Si la famille est la cellule de la société bourgeoise, la propriété privée est la base de son organisation économique. Plus particulièrement, la propriété foncière est considérée, suivant les idées des physiocrates, comme la seule et unique source de la richesse, toutes les autres en dérivant. « Vous pouvez regarder le droit de propriété comme un arbre dont toutes les institutions sociales sont des branches qu'il pousse de lui-même » — disait Mercier de la Rivière (2). Alors, pour pouvoir tirer le maximum de rendement de cette richesse naturelle, le meilleur moyen serait de rendre son exploitation libre de toute gêne de la part de l'autorité publique, en ne lui imposant aucune limitation. C'est pour cette raison que la législation de la Révolution qualifia le droit de propriété de « droit absolu et sacré » (3), concept qui passa dans le Code civil, dont l'art. 544 l'exprima en termes suivants : « La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière *la plus absolue*, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ».

Cette « manière la plus absolue » d'exercice du droit de propriété avait une double signification : la première voulait dire que l'étendue de ce droit est la plus vaste parmi celles des autres catégories de droits réels ; c'est un droit le plus complet qu'il soit sur une chose : le titulaire a le droit d'en user, jouir et disposer (*jus utendi, fruendi et abutendi* du Droit romain), à la différence des autres droits réels (les servitudes, l'usage et l'usufruit), qui ne sont que des fractions du droit de propriété. La seconde signification portait sur le caractère indépendant et libre de l'exercice de ce droit, n'étant assujéti à aucune limite autre que celle que lui ont tracée les lois et les règlements. Or, ces limites ne sont pas très nombreuses ; elles se rapportent aux servitu-

1) Voir dans le même sens : CHARMONT, *Les transformations du Droit civil*, Paris, 1912, p. 1-185 ; — PERREAU, *op. cit.*, t. I, p. 21.

2) Cité par Charles GIDE et RIST, *op. cit.*, p. 28.

3) L'art. 17 de la Déclaration des droits disposait : « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé ».

des (art. 637 et s.), au droit d'usage et d'usufruit au profit d'autrui (art. 578 et s.) et au droit de voisinage : l'art. 671 et s. (plantation des arbres), l'art. 675 et s. (ouverture des vues) et l'art. 682 et s. (droit de passage en cas d'enclave). En dehors de ces restrictions, le propriétaire était le maître le plus absolu de sa chose : il pouvait l'exploiter comme il lui plaisait, même si la manière dont cette exploitation était conduite gênait ses voisins, même si elle leur causait de très graves préjudices.

Cette faculté d'exercer le droit de propriété, presque sans borne aucune, se révèle, par exemple, dans l'art. 552, al. 2 et 3, réglementant le droit sur le fonds et le tréfonds, et plus précisément le droit de faire des plantations, constructions et fouilles. Voici son texte : « Le propriétaire peut faire au-dessus toutes les plantations et constructions qu'il juge à propos, sauf les exceptions établies au titre des *Servitudes ou Services fonciers*. — Il peut faire au-dessous toutes les constructions et fouilles qu'il jugera à propos, et tirer de ces fouilles tous les produits qu'elles peuvent fournir, sauf les modifications résultant des lois et règlements relatifs aux mines, et des lois et règlements de police ».

On dirait, après avoir lu ce texte, que le législateur de 1804 n'avait devant les yeux que des gens honnêtes, droits, moraux et de bonne foi. Il n'a pas dit si ces facultés étendues que l'on accorde au propriétaire doivent être contestées s'il s'en sert sans aucune utilité pour lui et dans le but unique de nuire à ses voisins. Il n'a pas dit non plus si leur exercice aurait pour limite les droits d'autrui, car il n'impose pas au propriétaire le devoir de se rendre compte si l'exercice de son droit, bien qu'utile pour lui, n'est pas trop dommageable pour son voisin, et si lorsque ce dommage est quantitativement plus grand que l'utilité, il ne doit pas s'abstenir de l'exercice de son droit.

En conséquence, un propriétaire de mauvaise foi, ou tout simplement maladroit, pourra impunément creuser un puits dans son terrain, sinon avec l'intention de couper les veines qui alimentent une source jaillissant dans un héritage voisin, du moins produisant ce résultat, alors qu'il eût pu choisir un autre endroit, s'il avait été plus adroit, et éloigner la possibilité de nuire à son voisin. Ou bien, il pourra construire une clôture autour de son fonds avec de

hauts piquets de fer dans l'unique but d'empêcher les essais des dirigeables que fabrique son voisin. Etc. Etc.

Il est certain que les rédacteurs du Code civil n'ignoraient pas les actions dictées par la mauvaise foi, la malice, la méchanceté ou la méconnaissance inexcusable des intérêts d'autrui, comme le montrent, d'ailleurs, d'autres dispositions du Code. Il n'est pas permis non plus de supposer que le Code civil, en n'interdisant pas les actes de cette nature, ait voulu admettre leur pratique. Il s'agit là tout simplement d'une lacune de la loi. Cette lacune s'est produite, non pas parce que le législateur ne pouvait pas, à l'époque de l'élaboration du Code, prévoir l'exercice anormal du droit de propriété, car un tel exercice avait été réprimé même en Droit romain (1), mais parce qu'il s'est insuffisamment et mal exprimé.

En pratique, la jurisprudence resta longtemps impuissante en face des actes qui abusaient de la rédaction trop large de la notion du droit de propriété, ou, à dire vrai, des lacunes évidentes de la loi. Impuissante, parce que le principe de la Séparation des pouvoirs ne lui permettait pas de combler les insuffisances du droit écrit. Les plus insupportables et les plus choquants ont été les actes motivés uniquement par l'intention de nuire et n'ayant aucune utilité justifiable pour le propriétaire. On ne pouvait pas les réprimer, on ne pouvait pas imposer au propriétaire une réparation du préjudice causé à autrui par de tels actes, parce qu'aux yeux de la jurisprudence il semblait qu'il les faisait en exercice de son droit de propriété et qu'en les faisant, il

1) En Droit romain, à côté du principe exprimé par les textes du Digeste : « *Neminem laedit, nemo damnum facit qui suo jure utitur* » (26.D. de *damno infecto*, XXXIX, 2 ; 24, § 12, D. *eod. tit.* ; 55, 151 et 155, § 1, D. de *reg. jur.*, L. 17), on rencontre certains adoucissements de celui-ci. Ainsi, dans le fragment 26, D. de *damno infecto*, Ulpien suppose qu'un propriétaire, en creusant un puits, coupe les veines de la source du voisin. Le propriétaire n'est pas tenu de réparer le dommage, s'il n'avait pas creusé si profondément qu'il eût fait écrouler le mur du voisin. De même dans le fragment 1, § 12, D. de *aqua e aquae pluv., arc.* XXXIX, 3, Ulpien cite Marcellus qui, à propos de la même hypothèse, décide que le propriétaire n'est pas obligé, s'il a agi, non pas *animo nocendi*, mais pour améliorer son fonds.

ne sortait pas du cadre de ses prérogatives de propriétaire. Alors, celui qui exerce son droit ne peut par là engager sa responsabilité vis-à-vis d'autrui, bien qu'il lui cause du dommage, car *neminem laedit, nemo damnum facit qui suo jure utitur*.

Le premier pas vers la répression des actes faits *animo nocendi* de la part du propriétaire n'a été fait qu'en 1855, par la Cour de Colmar, qui condamna un propriétaire coupable d'avoir élevé une fausse cheminée en face de la fenêtre du voisin avec l'intention de lui enlever le jour (1). A partir de ce moment, la jurisprudence, une fois violé le caractère absolu du droit de propriété, a élaboré toute une doctrine sur la relativité des droits, en étendant le domaine de son intervention non seulement à la matière de droit de propriété, en en recherchant de nouveaux critères, mais encore à bien d'autres droits, de sorte qu'aujourd'hui le système du Droit civil tout entier en est imprégné. Désormais, est considéré comme illicite, tout acte qui, sous couvert d'un droit légalement reconnu, est fait dans le seul but de nuire à autrui et qui ne représente aucune utilité personnelle pour le titulaire de ce prétendu droit (2). De même est illicite l'usage du droit, lorsqu'il n'existe qu'une simple conscience de causer un dommage à autrui, sans intention de lui nuire (comme en matière d'action paulienne). Est illicite aussi tout acte par lequel on n'a pas usé correctement de son droit, du fait que l'on n'a pas agi selon les règles de l'art. En effet, on engage sa responsabilité non seulement lorsqu'on commet un dol, une fraude ou une faute lourde, mais encore lorsqu'on manque à la délicatesse, à la mesure, à l'opportunité et à la « technicité » dans la réalisation d'un droit (3). Enfin, cette gamme de critères ayant tous un caractère psychologique, se complète par un critère fonctionnel, finaliste, téléologique : est incorrect et engage par conséquent la responsabilité de l'auteur tout

1) Trib. de Colmar, 2 mai 1855, D. P. 1856.2.9.

2) Trib. de Colmar, même arrêt.

3) Voir : JOSSERAND (Louis), *De l'esprit des droits et de leur relativité-théorie dite de l'Abus des droits*, op. cit., p. 38.

acte accompli dans une direction autre que la direction sociale du droit auquel elle correspond (1).

Quel est le fondement de cette pratique prétorienne de la jurisprudence moderne, qui prête à un arbitraire si hardi, puisqu'elle va jusqu'à demander aux individus d'user de leurs droits dans les limites de la plus haute moralité et du respect le plus scrupuleux des droits et intérêts d'autrui comme de ceux de la collectivité tout entière ? — En principe, elle repose sur les règles très générales de la responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle, c'est-à-dire sur les articles 1382 et 1383 du Code civil. Parfois, elle ne s'appuie que sur les vieilles règles, qu'on appelle « superlégales » (2), telles que : « *malitiis non est indulgendum* » ; « *fraus omnia corrumpit* » et « *summum jus, summa injuria* ».

En limitant l'exercice nocif ou simplement préjudiciable à autrui des droits trop largement et imprécisément définis par le Code civil dans les textes qui en parlent, est-ce que la jurisprudence a fait par là une œuvre novatrice ou bien, a-t-elle fait application des règles sur la responsabilité pour dommage causé à autrui, règles qui font partie du Code ? — Bien que la plupart des hypothèses puissent trouver leur fondement dans les art. 1382 et 1383, comme dans les autres règles du Code civil ou des lois spéciales, dont les actes sujets à sanction représentent la violation, il y en a bien d'autres qui, à notre avis, sont en dehors du problème de la responsabilité civile. Il en est notamment qui, au lieu d'avoir pour sanction la réparation du dommage causé, impliquent des mesures préventives ayant pour but d'empêcher que le dommage se produise. Ainsi, par exemple, si un propriétaire a commencé à creuser un puits qui pourrait faire écrouler le mur de l'héritage voisin, le juge peut lui ordonner d'arrêter les travaux et de combler son puits. Ou bien, s'il a fait une palissade en piquets, le condamner à l'enlever, avant qu'elle ait provoqué l'anéantissement d'un seul dirigeable de son voisin... C'est une sanction non

1) Voir : Trib. civ. de Compiègne, 19 février 1913, D. P. 1913. 2.177 et la note.

2) Voir : HAURIOU (Maurice), *Police juridique et fond du droit*, Rev. trim. de Droit civil, 1926, p. 309.

pas en réparation des dommages et intérêts, mais en nature, qui est toute nouvelle et que le Code civil n'a point connue (1).

L'Ecole de l'Exégèse, pour ne pas avouer qu'il s'agissait là d'une création du droit nouveau, a recouru à une construction qu'elle a baptisée : *la théorie de l'abus ou de la relativité des droits*. Toutes les fois qu'un acte a paru illécite aux yeux de la jurisprudence et qu'aucun texte de loi ne le réprimait expressément, elle a dit que l'auteur de cet acte se trouvait bien dans le cadre de son droit, mais qu'il en a abusé. Elle a donc fait une séparation entre le droit et son exercice : tout en ayant le droit de faire quelque chose, on engage sa responsabilité si on ne le fait pas correctement. Ainsi, M. JOSSERAND nous apprend qu'il faut faire la distinction entre la *jurécité*, notion par laquelle il entend l'ensemble des règles juridiques, le droit en général, l'ordre social ou une seule branche du droit (Droit civil, Droit administratif) et les *prérégatives déterminées*, comme : la propriété, les servitudes, la puissance paternelle, le droit d'ester en justice et autres prérégatives qui ont été accordées aux particuliers par l'autorité du Droit en général. Remarquons que cette distinction n'est autre chose que la distinction classique du Droit en Droit *objectif* et en Droit *subjectif*. Alors, puisqu'il y a « droit et droit », « on peut parfaitement avoir pour soi tel droit déterminé et cependant avoir contre soi le droit tout entier » (2). L'acte abusif doit être « tout simplement celui qui, accompli en vertu d'un droit subjectif dont les limites ont été respectées, est cependant contraire au droit envisagé dans son ensemble » (3).

L'artifice de cette construction nous paraît vraiment monstrueux. Non seulement elle est incapable d'expliquer l'œuvre créatrice de la jurisprudence dans ce vaste domaine de son champ d'activité qu'est la définition des divers droits par leur application aux cas concrets, mais encore, et c'est

1) Dans ce sens : RIPERT (Georges), *Abus ou relativité des droits*, dans *Revue critique*, 1929, p. 33 ; — DU MÊME AUTEUR, *La règle morale...*, cité, p. 177, n° 4, et note 1re. — Cf. RIPERT (Lucienne), *La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle*, thèse, Paris, 1933, n°s 11 et suiv.

2) JOSSERAND, *op. cit.*, p. 333, n° 245.

3) JOSSERAND, *op. cit.*, *loc. cit.*

là où elle devient néfaste, elle obscurcit le problème qui est tout à fait net et qui, au lieu d'être expliqué, n'a besoin que d'être constaté et décrit.

a) Il est inconcevable tout d'abord qu'un acte puisse être à la fois conforme à une prérogative déterminée et contraire à la juricité, conforme au droit subjectif et contraire au droit objectif. Le droit objectif n'est qu'un ensemble de prérogatives déterminées. En réalité, ce ne sont que ces dernières qui existent ; leur ensemble, c'est une façon de parler, ce n'est qu'une abstraction nécessaire à la discussion. De toute façon, le système juridique envisagé comme un tout ou dans les fractions dont il est composé, est toujours le même. La manière de l'envisager ne peut certes pas changer le contenu de ces règles. Par conséquent, si un acte est contraire à la juricité, il doit nécessairement l'être aux prérogatives déterminées, sans aucun doute.

b) D'autre part, les actes déclarés illicites par la jurisprudence ne sont contraires ni aux prérogatives ni à la juricité, parce que leur sanction n'a été prévue nulle part (le cas de ces actes n'entrant pas dans la matière de la responsabilité civile). Ils ne le sont devenus que lorsque la jurisprudence les a déclarés illicites. L'Exégèse suppose que le droit objectif leur était hostile dès le début, ce qui est la conséquence logique de la fiction de la plénitude du droit écrit et ce qui n'est pas conforme à la réalité.

c) Enfin, il est impossible d'admettre la séparation du droit de son exercice, et de dire qu'il y a exercice abusif et exercice correct d'un même droit. Le droit doit se confondre avec son exercice. L'exercice abusif, c'est le droit dont on a abusé ; en d'autres termes, c'est dire que l'on a et que l'on n'a pas à la fois un droit. C'est illogique. M. PLANIOL a été l'un des premiers à protester contre ce langage. Il a dit textuellement ceci : « Cette nouvelle doctrine repose tout entière sur un langage insuffisamment étudié ; sa formule, usage abusif des droits, est une logomachie, car si j'use de mon droit, mon acte est licite, et quand il est illicite, c'est que je dépasse mon droit et que j'agis sans droit. Il ne faut donc pas être dupe des mots ; le droit cesse où l'abus commence, et il ne peut pas y avoir usage abusif d'un droit quelconque par la raison irréfutable qu'un seul et

même acte ne peut pas être à la fois conforme au droit et contraire au droit » (1).

En conséquence, l'adage romain : « *Neminem laedit, nemo damnum facit, qui suo jure utitur* » (2) demeure toujours exact. Il s'agit seulement de définir la véritable étendue d'un droit. Et cette définition ne peut pas être faite une fois pour toutes. Elle se fait tous les jours et selon les circonstances. Défini de la sorte, il n'y a pas d'exercice d'un droit quelconque qui puisse engager la responsabilité de son titulaire pour le préjudice que cet exercice peut causer à autrui.

Quant à la notion de relativité des droits, elle n'est pas plus correcte que celle de l'abus des droits. Dès que l'étendue d'un droit est déterminée dans un cas concret, ce droit ne peut qu'être absolu. Dire qu'un droit est relatif, c'est commettre une contradiction... Relatif ! Mais relatif à quoi ? — demande avec justesse M. RIPERT (3).

Somme toute, tout droit est absolu. L'abus du droit est impossible et logiquement absurde. Il ne s'agit que de poser les limites justes à l'étendue des droits. C'est, au premier chef, l'œuvre du législateur. Mais comme cette œuvre est insuffisante dans l'espace et dans le temps, c'est à la jurisprudence de la compléter, en quoi elle joue le rôle d'un facteur actif dans l'élaboration constante et ininterrompue du droit nouveau.

Ad 3°. — Le contrat de mandat est, à l'origine, un contrat désintéressé. Le service que le mandataire s'oblige à rendre au mandant n'est pas, en principe, payé. L'art. 1986 le dit expressément : « Le mandat est gratuit... » Cependant, vu le principe de la liberté des conventions

1) PLANIOL (Marcel), *Traité élémentaire de Droit civil*, 11 éd., t. II, n° 871, et note au Dalloz, 1902.2.329. — Dans le même sens DUGUIT (Léon), *Les transformations générales du droit privé depuis le Code*, 1912, p. 199, et *Traité de Droit constitutionnel*, 2° éd., t. I, p. 173 ; — LÉVY (Emmanuel), *La vision socialiste du droit*, Paris, 1926, p. 47-48.

2) *Dig.*, 26. *D. de damno infecto*, XXXIX, 2 ; 24, § 12, *D. eod. lit.* ; 55, 151 et 155, § 1, *D. de regul. jur.*, L. 17.

3) RIPERT (Georges), *Abus ou relativité des droits*, *Revue critique*, art. précité ; — DU MÊME AUTEUR, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris, 1935, p. 237, n° 122.

(art. 1134 C. c.), les parties sont libres de stipuler un salaire. L'article précité du Code civil les y autorise : « Le mandat est gratuit, *s'il n'y a convention contraire* ». Or, s'il y a convention contraire, c'est-à-dire que si le mandat doit être rémunéré, le mandat perd son caractère de contrat de bienfaisance et devient, par l'effet de la volonté des parties contractantes, un contrat à titre onéreux.

En supposant que le mandat soit rémunératoire, le montant du salaire ne dépend que de la volonté du mandant et du mandataire ; il peut être grand ou petit, correspondre ou ne pas correspondre au service rendu soit dans un sens soit dans un autre, c'est-à-dire être insuffisant ou excessif. Les parties, comme le juge, doivent s'incliner devant la loi de la convention, suivant les termes de l'art. 1134 du Code civil.

Néanmoins, la jurisprudence a osé toucher, en cette matière, au principe du respect des contrats, en le violant. La pratique ayant démontré que le salaire accordé au mandataire est souvent exagéré et excède de beaucoup la valeur réelle du service rendu au mandant, fait qui est presque toujours dû à l'inexpérience du mandant en face du mandataire professionnel, — la jurisprudence s'est arrogé le droit de reviser et réduire la rémunération stipulée par le mandataire et acceptée par le mandant, lorsque celui-ci démontre qu'elle n'est pas en proportion raisonnable avec le service que le mandataire s'est chargé de rendre (1). La jurisprudence exerce ce droit non seulement dans le cas où le mandant a versé le salaire, dont le montant a été fixé, avant l'exécution du mandat, mais encore lorsqu'il a payé librement *après* l'exécution du mandat et dans des conditions telles qu'on peut considérer le règlement intervenu alors comme une ratification de la convention antérieurement passée (2).

1) Req. 11 mars 1824, S. 1825.1.133 ; 7 février 1855, 18 avril 1855, S. 55.1.527 ; 1 juillet 1856, D. 56.1.464 ; 12 janvier 1863, S. 63.1.249 ; 29 février 1904, S. 07.1.389 ; 12 décembre 1911, D. 13.1.129 ; 11 mars 1913, D. 13.1.408.

2) Req., 16 janvier 1882, S. 1882.1.199 ; 29 février 1904, D. 1904.1.263.

Cette solution, consacrée par une longue suite de décisions, mérite d'autant plus notre attention qu'en toute autre matière la jurisprudence se montre profondément respectueuse du principe que les conventions sont la loi des parties. Le Code civil n'en parle point. Il n'y avait qu'une vague allusion dans les Travaux préparatoires du Code, où l'on a dit que le salaire du mandat n'est considéré que comme une simple indemnité (1), allusion qui n'est pas passée dans le Code, mais dont la jurisprudence s'est probablement inspirée. Toutefois, il nous semble qu'elle a été encouragée à prendre cette voie par une pratique identique suivie par le Droit romain en cette matière. L'ancien Droit romain décidait qu'aucun salaire ne pouvait être stipulé par le mandataire, le mandat étant exclusivement un contrat de bienfaisance. Cependant, à l'époque classique, on admettait que les parties pouvaient convenir, d'avance, d'une rémunération (*salarium, honor*), et que le mandataire pouvait en exiger judiciairement le paiement. L'action qui lui a été donnée à cet effet n'était pas l'action *mandati*, mais une *persecutio extra ordinem*. Le magistrat avait le droit de modifier le montant de l'allocation convenue, de même qu'il pouvait en allouer une en l'absence même de toute convention (2).

Malgré le silence du Code à ce sujet, la jurisprudence a essayé, ici, comme ailleurs, de se baser sur ses textes. En partant du principe que le mandat est un contrat de bienfaisance et n'est à titre onéreux qu'exceptionnellement (art. 1986), elle a abouti au raisonnement suivant : dans les contrats à titre onéreux les deux obligations réciproques se servent mutuellement de cause, c'est-à-dire qu'un contractant s'oblige à exécuter sa prestation vis-à-vis de l'autre en vue d'obtenir l'exécution de la prestation de ce dernier vis-à-vis de lui-même, et vice-versa (3). Dans les contrats à

1) Voir : CAPITANT (Henri), *De la cause des obligations*, Paris, 1923, n° 98.

2) Voir : PERRIN (Jean), *Essai sur la réductibilité des obligations excessives*, thèse, Paris, 1905, p. 123.— Cf. COLIN et CAPITANT, *Cours élémentaire de Droit civil français*, cité, t. II, n° 926.

3) Voir : CAPITANT, *De la cause...*, cité, p. 30-31, n° 14.

titre gratuit, comme dans les contrats désintéressés, l'exécution de l'obligation du bienfaiteur n'a pas pour cause un équivalent en retour, mais le désir de faire le bien ou de rendre un service gratuit. Comme le mandat est un contrat sans cause matérielle, lorsqu'il obtient cette cause par l'effet de la volonté expresse des parties, dérogeant à la règle dispositive du Code civil, posée dans son art. 1986, le salaire promis par le mandant au mandataire doit être absolument équivalent au service rendu ; tout ce qui dépasse la valeur de ce service se trouve sans cause, et peut, par conséquent, être répété comme indu, parce que c'est uniquement en vue de la réussite de l'accomplissement de ce service et de la récompense exacte des efforts du mandataire à cet effet, que la rémunération a été promise. Si le service en question ne pouvait pas être rendu, malgré les efforts du mandataire, ou s'il était rendu, mais avec moins d'efforts et de frais qu'on ne l'attendait, le montant de la rémunération doit être réduit, parce qu'en l'absence de convention contraire, le service doit être gratuit (1). Par conséquent, le salaire doit consister dans une rémunération équitable, demeurer une indemnité et ne peut jamais constituer un lucre (2).

Il est inutile de dire, plutôt de répéter, que ce raisonnement ne jouit d'aucun appui dans les textes du Code civil. A supposer même qu'il soit exact que la nature du contrat de mandat lui donne un appui légal, ce qui est fort difficile à cause de l'art. 1134, nul ne peut nier que la jurisprudence a apporté des innovations considérables en étendant sa doctrine sur le mandat à la matière du louage de services : elle réduit également, en cas d'excès, les honoraires des médecins (3), architectes, avoués, notaires, avocats et agents d'affaires (4), dont les services sont toujours

1) Dans ce sens : Cass. civ., 29 janvier 1867, D. 1867.1.53.

2) Trib. Seine, 15 décembre 1904, Gaz. Trib. 14 février 1904 ; — Nice, 20 novembre 1899, Gaz. Trib. 1900.2.176.

3) Trib. Seine, 5^e Chambre, 10 février 1894, *La Loi*, 1894, p. 422.

4) Riou, 25 avril 1902 et Req., 29 février 1904, S. 1907.1.389, D. P. 1904.1.263 ; etc. — Voir les détails dans : PERRIN, *op. cit.*, pp. 171, 178, 187, 188, 190 et suiv.

présumés être payés et non pas gratuits comme dans le mandat (1).

L'ensemble de cette jurisprudence formé une règle juridique nouvelle dans les matières qui ont été l'objet de son intervention : dans les rapports contractuels les obligations réciproques doivent être économiquement équivalentes l'une à l'autre ; elles doivent avoir une cause, une vraie cause, une cause licite et une *cause suffisante* (2). Ainsi, a été élargi l'art. 11131 du Code civil en matière de mandat et de louage d'ouvrage des médecins, architectes, avoués, notaires, avocats et agents d'affaires par l'adjonction de la « cause suffisante ». Du même coup, a été élargie l'influence de la lésion qui, jusqu'alors, avait un caractère exceptionnel, n'envisageant que certains contrats et certaines personnes (art. 1118 C. c.). — Cette jurisprudence a introduit l'idée d'équivalence dans les obligations contractuelles et extracontractuelles, idée qui a été complétée par un certain nombre de lois postérieures au Code (3), et qui peut servir au juge d'inspiration pour des interventions nouvelles sur ce terrain (4).

Ad. 4. — La théorie de l'*astreinte* est un procédé que les tribunaux emploient couramment pour vaincre la résistance illégitime d'un débiteur récalcitrant et de mauvaise foi qui refuse d'exécuter son obligation (qui doit consister en une prestation autre que celle d'une somme d'argent), en le contraignant à l'exécuter. Le tribunal lui ordonne

1) Dans ce sens : MAURY (Jacques), *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en Droit civil français*, thèse, Toulouse, 1920, t. I, p. 182-189.

2) Cass. civ., 9 mai 1866, S. 1866.1.273 et la note ; — Paris, 8^e Ch., 14 janvier 1903, Gaz. Trib., 3 mars 1903 ; — Req., 17 juillet 1906, D. 1910.1.286.

3) Les lois de 1807, 1850, 1851, 1886, 1898, 1900 et 1918 et les décrets de 1935 (deux : l'un du 8 août et l'autre du 30 octobre) et de 1936 sur le maximum d'intérêt sur l'argent prêté ; la loi du 8 juillet 1907 protégeant les agriculteurs contre les marchands d'engrais ; la loi du 8 juillet 1915, incorporée au Code de travail (art. 33) sur le salaire minimum des ouvriers, Etc.

4) Voir sur l'idée d'équivalence : LOUIS-LUCAS (Pierre), *Volonté et cause, Etude sur le rôle respectif des éléments générateurs du Lien obligatoire en Droit privé*, thèse, Dijon, 1918 ; et MAURY, *op. cit.*, 2 vol.

d'accomplir son obligation dans un délai fixé, et le condamne à verser une certaine somme par jour de retard à son créancier, pour le cas où il n'obéirait pas, en laissant passer le délai fixé sans l'observer et en continuant sa résistance obstinée et injuste. Cette condamnation est une véritable *peine*, car la somme à payer par jour de retard est très exagérée par rapport au préjudice causé au créancier, et peut, en cas d'une résistance prolongée, atteindre un chiffre énorme ; elle est *comminatoire*, et non pas *compensatoire*. Elle n'a, d'ailleurs, pas un caractère définitif, mais *provisoire* : elle s'arrête lorsque le débiteur s'exécute, ce qu'il préférera faire plutôt que de se voir ruiné. S'il continue, malgré la première astreinte, à s'obstiner, le tribunal peut en prononcer une seconde, en augmentant la condamnation. En cas d'exécution, le juge prononcera des dommages et intérêts compensatoires pour retard, s'il y a lieu ; en cas d'inexécution définitive, des dommages et intérêts pour inexécution. En principe, il ne doit pas cumuler l'indemnité avec le montant des astreintes déjà prononcées.

Ce procédé de coercition contre le débiteur entêté a commencé par être une faveur pour lui ; le débiteur a été condamné à l'exécution de son obligation par une décision lui impartissant un *délai de grâce*, mais fixant un chiffre de dommages et intérêts qu'il devait payer, si, au jour dit, il ne s'était pas exécuté (1). Plus tard, il a acquis sa physiologie actuelle (2). Aujourd'hui, on l'applique non seulement dans la sphère des intérêts patrimoniaux, mais encore dans celle des obligations de famille (par exemple, en cas de refus d'un époux, après séparation de corps ou divorce, de remettre les enfants à l'époux qui en a obtenu la garde) (3).

La théorie de l'astreinte est une innovation purement prétorienne. Non seulement elle manque de toute base légale, mais elle fait échec à l'art. 1149 du Code civil, en ne proportionnant pas ces dommages au préjudice causé. De plus, elle viole aussi les principes généraux de notre organisation judiciaire, qui interdisent aux tribunaux de

1) Cass., 21 juin 1809 et 22 janvier 1812, D.J.G., *V^e Chose jugée*, 386.

2) Req., 29 janvier 1834, D. P. 1834.1.81 ; S. 1834.1.129 ; 1^{er} avril 1862, S. 1862.2.335.

3) Paris, 13 février 1877, D. P. 1878.2.125, S. 1878.1.193.

reprendre la connaissance d'une affaire lorsqu'ils ont prononcé leur sentence. Enfin, elle est en opposition avec le principe de la Séparation des pouvoirs qui supprime toute faculté d'ordonner et de réglementer pour le juge. — Pourtant, l'Exégèse n'a pas manqué, ici non plus, de dissimuler l'œuvre créatrice de la jurisprudence. Elle a essayé de justifier la légalité de l'astreinte en invoquant notamment l'art. 1036 du Code de procédure civile, aux termes duquel il appartient aux tribunaux de prononcer, dans les causes dont ils seront saisis et suivant la gravité des circonstances, des injonctions même d'office. C'est la distinction classique entre le *pouvoir de commandement* des magistrats (*ordinatoria judicia*) et leur *pouvoir de juridiction* (*decisoria judicia*) ; l'astreinte serait l'émanation du premier de ces pouvoirs judiciaires (1).

Cette thèse n'est absolument pas convaincante. L'art. 1036 du Code de procédure ne vise que la police de l'audience et les mesures à prendre pour la découverte de la vérité dans les instances judiciaires. En dehors de là, il n'accorde aucun pouvoir de commandement aux tribunaux et, par conséquent, ne peut pas servir de base légale à la théorie de l'astreinte. La jurisprudence elle-même n'a jamais suivi l'argumentation de cette thèse, sauf dans un seul arrêt qui remonte à 1841 (2).

Ad. 5. — Selon l'art. 1184 du Code civil, lorsque l'une des deux parties dans un contrat synallagmatique n'a point satisfait à son engagement, l'autre partie a le choix : ou de forcer son co-contractant à l'exécution lorsqu'elle est possible, ou de demander la résolution du contrat (pour les contrats à exécution différée) ou la résiliation (pour les contrats successifs) avec dommages et intérêts. Le juge jouit d'un pouvoir souverain d'appréciation. Il peut : contraindre le débiteur à exécuter sa prestation ; rejeter la demande en résolution, tout en accordant au demandeur des dommages-intérêts en réparation du préjudice que lui cause le fait de l'inexécution ; accorder au défendeur un délai de grâce pour exécuter son obligation, s'il trouve que celui-ci le mérite ; ou enfin prononcer la résolution (ou résiliation) du

1) Voir : HENRION de PANSEY, *De l'autorité judiciaire dans les gouvernements monarchiques*, Paris, 1810, p. 101 et suiv.

2) Voir : Req., 22 novembre 1841, S. 1842.1.170.

contrat. A supposer que l'exécution du contrat soit rendue impossible par suite d'un cas de force majeure, le juge ne pourra que prononcer la résolution (ou résiliation) du contrat sans allouer de dommages et intérêts au demandeur (art. 1148 C. civ.). L'exécution forcée de l'obligation ne peut pas être prise en considération, parce qu'elle n'est plus possible. Le délai de grâce non plus, parce que cette mesure de faveur est accordée par le juge au débiteur lorsque l'exécution de l'obligation est devenue difficile, et non pas impossible (art. 1244 C. c.).

Evidemment, l'hypothèse de l'inexécution qu'envisage le Code civil ne concerne que les contrats dont l'existence même dépend de leur terme : inexécutés au terme convenu, ils perdent toute leur raison d'être. Par exemple, le transport manqué d'une marchandise ayant dû être effectué pour une foire.

Mais, que faire si le terme du contrat n'est pas essentiel et la force majeure n'ayant été que d'une durée momentanée, après la cessation de laquelle l'obligation du débiteur pourrait être accomplie avec le même avantage pour le créancier que si elle l'était au terme fixé, bien que celui-ci soit expiré ?

Le Code civil n'en parle point. Cependant, cette éventualité est d'une importance considérable pour les intérêts du débiteur. Exemple : un ouvrier embauché dans une usine sous le régime d'un contrat de travail vient d'être appelé sous les drapeaux. Ainsi se réalise un cas de force majeure (ou plutôt : un fait du Prince) qui empêche l'ouvrier d'accomplir son engagement : tant d'heures de travail par jour. Son contrat, va-t-il être résilié ? D'après les règles du droit commun, oui, sans doute. Mais cet ouvrier ne pourrait-il pas être remplacé par un autre jusqu'à son retour, le contrat de son remplaçant prenant fin le jour où il sera présent à l'usine, après avoir terminé son service militaire, afin de lui assurer une place immédiate et de le préserver du chômage ? En d'autres termes, ne pourrait-on pas trouver une solution autre que la résiliation du contrat dans un cas pareil ? Ne pourrait-on pas suspendre tout simplement les effets du contrat : le travail et le salaire, pendant la période du service militaire, tout en maintenant la validité du contrat, en rendant pos-

sible sa reprise lorsque la force majeure aura cessé d'empêcher le fonctionnement normal du contrat ?

La jurisprudence a institué de très bonne heure ce moyen de sauvegarder le contrat atteint par un cas de force majeure passager, en décidant la suspension de ses effets jusqu'au jour où il aura repris sa vie normale, à condition, bien entendu, que sa continuation soit utile à l'une et à l'autre des parties et que le terme primitivement fixé ne soit pas essentiel pour la subsistance du contrat; c'est-à-dire que son recul ne détruise pas la raison du maintien prolongé du lien contractuel. Cette pratique remonte à une décision isolée de la Chambre des Requêtes du 8 octobre 1807 (1). Ce n'est que pendant la guerre de 1870 que les applications de l'idée de suspension se sont multipliées (2). Après une réaction de la part de la doctrine et de la jurisprudence contre la théorie de la suspension des contrats, qui n'a, d'ailleurs, pas duré très longtemps (3), elle est définitivement établie à partir de 1897 (4) et surtout au cours de la guerre de 1914-18 (5). En 1901, elle a obtenu sa première consécration législative (6), à laquelle se sont ajoutées celles de 1909 (7) et de 1918 (8).

1) Req., 8 octobre 1807, D. R. V^e Vente, n^o 682.

2) Voir : Req., 13 février 1872, D. P. 1872.1.287.

3) Voir : Req., 14 mai 1872, D. P. 1872.1.79 ; — Req., 19 novembre 1872, D. P. 1873.1.215.

4) Req., 28 juillet 1897, D. P. 1898.1.16 ; — Ch. civ., 7 juin 1905, D. P. 1908.1.74.

5) Trib. de Nîmes, 4 janvier 1918, G. P. 1918.2.313 ; — Cour de Bordeaux, 10 janvier 1917, G. P. 1916-17, p. 46 ; — Cour de Caen, 2 février 1915, G. P. 1916.2.443 ; — Cour de Besançon, 3 mars 1917, D. P. 1918.2.84 ; — Cour de cass., 9 décembre 1919, G. P. 1920.1.87 ; 8 mai 1921, G. P. 1921.1.643 ; — Req., 15 novembre 1921, G. P. 1922.1.69 ; — 24 octobre 1922, D. P. 1924.1.8 ; — 12 décembre 1922, D. P. 1924.1.186.

6) Loi du 18 juillet 1901, art. 1^{er} : « En matière de louage de services, si un patron, un employé, ou un ouvrier est appelé sous les drapeaux comme réserviste ou territorial pour une période obligatoire d'instruction militaire, le contrat de travail ne peut être rompu à cause de ce fait ».

7) Loi du 27 novembre 1909, incorporée au Code de travail, Livre I, art. 29 : « La suspension du travail par la femme, pendant huit semaines consécutives, dans la période qui précède et suit l'accouchement ne peut être une cause de rupture du contrat de louage de services ».

8) Loi du 22 septembre 1918, art. 1^{er} : « Les administrations,

Mis au point, le champ d'application de la théorie de la suspension se présente de la façon suivante :

a) elle est applicable à tous les contrats à durée indéterminée ;

b) quant aux contrats dont la durée est limitée, il faut faire la distinction ci-après :

1° Si le délai d'exécution n'est pas essentiel pour l'existence du contrat, l'exécution de celui-ci peut être reprise, bien que la force majeure ait cessé après l'expiration de ce délai :

2° si le délai est essentiel et s'il cesse avant que la force majeure ait pris fin, il n'y a pas lieu à la suspension, mais à la résolution du contrat, parce que, dans ce cas-là, il ne pourra pas remplir ses effets, les prestations ne pouvant plus être exécutées à temps ;

3° si la force majeure cesse avant la fin du délai d'exécution, celui-ci étant ou non essentiel, la convention peut toujours rester en vigueur. Tant que la force majeure et le délai d'exécution durent tous deux, le contrat existe, mais il ne peut être exécuté, il sommeille, reste dans un état de vie latente.

La théorie de la suspension des effets du contrat est une institution juridique toute nouvelle, et ne peut être assimilée à aucun des cadres pré-existants. M. Jean LEBRET, qui a été un des premiers auteurs à s'occuper d'elle, a voulu la faire découler de la résolution des contrats, en la considérant comme une résolution temporaire, se plaçant au cours de l'existence d'un contrat successif ou à terme. Ainsi, selon son idée, au cas d'une grève, durant 15 jours, le contrat de travail serait anéanti pendant 15 jours (1). Si l'on acceptait le point de vue de cet auteur, il serait difficile d'expliquer comment un contrat, une fois qu'il a cessé d'exister, peut reprendre sa validité, sans qu'il en soit fait

offices, entreprises publiques ou privées, devront garantir à leur personnel mobilisé, pour toutes les personnes ayant un contrat de louage relevant des articles 20 à 24 du Livre I du Code de Travail, et toutes les fois que la reprise de la personne sera possible, l'emploi que chacun occupait au moment de sa mobilisation ».

1) LEBRET (Jean), *Suspension et Résolution des contrats*, Revue critique de législation et de jurisprudence, 1916-1924, p. 581-636.

un nouveau ! La jurisprudence a voulu, tout au contraire, maintenir l'existence d'un contrat dont un obstacle de force majeure empêchait momentanément d'exécuter les conditions ; elle a voulu justement éviter l'application des termes trop rigides de l'art. 1184 du Code civil, qui prévoit en cas d'inexécution des conditions d'un contrat, le droit d'en demander la résolution ; elle comporte ainsi la garantie d'une exécution future de la convention temporairement suspendue. Par conséquent, la seule conception plausible de la théorie de la suspension est celle qui ne voit en elle qu'une extension prétorienne des effets de la force majeure, permettant, en cas de manquement non essentiel au délai prévu dans une convention, de faire échec à la résolution des engagements stipulés (1).

Ad 6. — L'idée que *nul ne doit s'enrichir sans droit aux dépens d'autrui*, qui repose sur une tradition constante venue du Droit romain (2) et de l'Ancien droit français (3) n'a pas été formulée, d'une manière générale, dans le Code civil, mais y a fait seulement l'objet d'applications de détail. Ainsi, on la rencontre sanctionnée dans les articles suivants : 554, 555, 570, 571, 577, dans les diverses hypothèses d'accession ; 861-862 pour le cas de rapport d'un immeuble à une succession pour un héritier donataire ; 1381 pour le cas de paiement de l'indu ; 1437 pour le cas où le patrimoine de l'un des époux, sous le régime de communauté entre époux, s'enrichit au détriment de la communauté ; 1673 pour le cas d'exercice par le vendeur de l'action en réméré ; 1947 pour les dépenses que le dépositaire a faites

1) Voir : SARRAUTE (Raymond), *De la suspension dans l'exécution des contrats*, thèse, Paris, 1929, p. 82.

2) Un texte bien connu de POMPONIUS au *Digeste* déclare que : « *Jure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiores* » (206, *D. de regulis juris*, L. 17 ; 14, *D., de condict. indeb.*, XII, 6.) : Cette règle générale fut sanctionnée par un certain nombre d'actions personnelles ou *condictiones*, telles : la *condictio indebiti*, la *condictio causa data, causa non secuta*, la *condictio ob turpem vel injustam causam*, la *condictio sine causa*, enfin, l'*actio de peculio* ou de *in rem verso*. (Voir : GIRARD, *op. cit.*, p. 621 et suiv.).

3) Voir : DOMAT, *Les lois civiles*, 1^{re} partie, Liv. II, tit. 7, sec. 1, p. 10, éd. Rémy, I, p. 466. — POTHIER, *Contrat appelé promutuum et action condictio indebiti*, éd. Bugnet, t. V, p. 101 et suiv., p. 247.

en vue de la conservation de la chose déposée ; 2080 pour les dépenses faites par le créancier gagiste sur la chose donnée en gage ; et 2115 pour le cas où le tiers détenteur délaisse l'immeuble hypothéqué ou subit l'expropriation.

Dans toutes les autres hypothèses d'enrichissement injuste, en dehors de celles que visent les dispositions formelles du Code civil, hypothèses dont le nombre est infini, le demandeur injustement lésé au profit d'autrui, s'est d'abord vu débouté de son action, faute d'une règle générale consacrant la théorie de l'enrichissement sans cause. Tel est le cas d'un marchand ayant fourni à un fermier (insolvable) des engrais qui ont finalement enrichi le propriétaire, celui-ci ayant bénéficié de la récolte ; d'un maçon ayant fourni son travail à un propriétaire et dont les travaux ont profité à un copropriétaire qui n'a pas traité avec lui ; d'un généalogiste qui comptait faire des renseignements obtenus par lui l'objet d'un contrat et dont les renseignements ont tout de même profité à l'héritier, bien que ce contrat n'ait pas été conclu.

La Cour de cassation, après avoir condamné l'action en réclamation de l'enrichissement, intentée par l'appauvri en dehors des textes légaux, dans son arrêt du 8 juillet 1889 (1) ; après avoir hésité dans l'arrêt du 2 décembre 1891 (2), s'est enfin décidée à l'admettre. Son arrêt du 15 juin 1892, devenu célèbre, lui reconnaît le plus large champ d'application : « Cette action dérivant du principe d'équité qui défend de s'enrichir aux dépens d'autrui et n'ayant été sanctionnée par aucun texte de nos lois, son exercice n'est soumis à aucune condition déterminée... Il suffit, pour la rendre recevable, que le demandeur allègue et offre d'établir l'existence d'un avantage qu'il aurait par un sacrifice ou un fait personnel procuré à celui contre lequel il agit » (3). Dans ses deux arrêts postérieurs au précédent, l'un du 12 mai 1914 et l'autre du 2 mars 1915,

1) Cass. Req., 11 juillet 1889, D. 1889.1.393, note PETITON ; S. 1890.1.97, note LABBÉ.

2) Cass. civ., 2 décembre 1891, D. 1892.1.161, note SARRUT, conclusions DESJARDINS, S. 1892.1.92.

3) Cass. Req., 15 juin 1892, D. 1892.1.596, S. 1893.1.281, note LABBÉ.

la Cour suprême a précisé davantage la règle nouvelle et a délimité la portée de son application. Voici leur énoncé : « L'action *de in rem verso* (elle étend la même action du Droit romain, qui n'envisageait qu'un cas particulier, à toutes les hypothèses d'enrichissement sans cause, à l'instar de l'Ancien droit français) fondée sur le principe d'équité qui défend de s'enrichir au détriment d'autrui, doit être admise dans tous les cas où, le patrimoine d'une personne se trouvant sans cause légitime enrichi aux dépens de celui d'une autre personne, celle-ci ne jouirait, pour obtenir ce qui lui est dû, d'aucune action naissant d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit ou quasi-délit » (1).

En voie d'une constante évolution, la jurisprudence pose à présent quatre conditions essentielles à l'application de la théorie de l'enrichissement sans cause, savoir :

a) Appauvrissement du demandeur. — La jurisprudence refuse l'action *de in rem verso* toutes les fois lorsqu'il n'y a pas de préjudice pour le demandeur, quoique le défendeur se soit enrichi par une activité du premier. Exemple : le propriétaire qui, par des travaux d'embellissement ou de défense exécutés sur son propre fonds, a conféré une plus-value au fonds d'autrui (2). Ce préjudice ne doit pas être imputable à une faute ou à une négligence de la part du demandeur (3).

b) Enrichissement du défendeur. — Il faut que le patrimoine du défendeur ait été augmenté directement par la perte du demandeur.

c) Absence de juste cause. — En d'autres termes, il faut que l'enrichissement et l'appauvrissement ne puissent pas leur source dans un acte juridique qui en légitime l'acquisition (contrat, fait illicite, loi). Cet acte juridique ne doit pas exister soit à côté de l'enrichissement, soit à côté

1) Cass. Req., 12 mai 1914, S. 1918.1.41 et 2 mars 1915, D. 1920.1.102. Voir aussi : Cass. civ., 12 février 1923, D. 1924.1.129, note ROUAST.

2) Civ., 18 octobre 1904, D. P. 1905.1.119 ; S. 1907.1.465. Voir aussi : Civ., 9 novembre 1921, Gaz. Pal., 1922.1.46.

3) Amiens, 16 février 1901, sous Req., 26 janvier 1903, D. P. 1904.1.391. — Montpellier, 18 mars 1887 sous Req., 11 juillet 1889, D. P. 1889.1.393 ; S. 1890.1.97.

de l'appauvrissement, ou de l'un et de l'autre à la fois. (Pour l'absence de cause unilatérale : exemple du marchand d'engrais, où il existe un acte juridique entre le fermier et le propriétaire, mais non pas entre le marchand et ce dernier ; exception à la règle que le contrat est une *res inter alios acta* à l'égard du *solvens*, en l'espèce du marchand).

d) Absence de toute autre voie de droit. — L'action *de in rem verso* est une action subsidiaire ; elle ne peut être intentée si l'on peut donner satisfaction à l'appauvri par une autre voie de droit, soit contre l'enrichi, soit contre un tiers (1).

Ainsi élaborée par la jurisprudence, la théorie de l'enrichissement injuste ou sans cause est érigée au rang de source des obligations, à côté des contrats, des faits illicites et de la loi (2).

En définitive, ces quelques hardiesses de la jurisprudence violant, bien qu'involontairement et spontanément, le principe de la Séparation des pouvoirs (3), nous autorisent à dire ceci :

a) Le Code civil n'était parfait ni dans l'espace ni dans le temps. Dans l'espace, parce qu'il n'était et n'est jamais possible de tout prévoir et de tout dire ; en élaborant une loi, on ne statue que sur ce qui est *ad plerumque fit*, sur ce qui est déjà arrivé dans la pratique et ce qui peut, par analogie ou par prévoyance à l'aide des principes généraux, arriver. Le reste, c'est-à-dire les cas nouveaux, auxquels on n'a pu penser lors de cette élaboration, c'est à la jurisprudence de le régler, en suppléant au silence de la loi (4). —

1) Voir les arrêts cités *supra*, p. 312, note 1re.

2) Voir sur les détails et surtout sur la discussion autour du fondement juridique de la nouvelle théorie, comme du critère de la recevabilité de l'action basée sur elle : RIPERT, *La règle morale...*, cité, n^{os} 133 et suiv. ; — BONNECASE, *Supplément...*, cité, t. III, n^{os} 114 et suiv. ; — MAURY, thèse citée, t. II.

3) Pour en compléter la liste, consulter : PERREAU, *op. cit.*, t. I et II.

4) Dans ce sens : RIPERT (Georges), *De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines*, thèse, Aix, 1902, p. 468. — Cf. MARKOVITCH (Bojidar), *Essai sur les rapports entre la notion de justice et l'élaboration du droit privé positif*, thèse, Paris, 1930, p. 15.

Dans le temps, c'est la même raison qui est en jeu : une loi n'envisage que l'époque dont elle est issue. Plus elle dure, plus elle devient incomplète, périmée et impuissante à donner la réponse à tous les problèmes qu'impose la vie en continuuel mouvement, plus le rôle de la jurisprudence devient considérable. Ce phénomène est, du reste, absolument normal. Si les rédacteurs du Code civil ont été d'excellents observateurs des mœurs de leur temps, ils ne pouvaient certes pas être d'aussi bons prophètes ! (1).

La jurisprudence ayant eu d'abord pour mission d'être passive, mais ayant été rendue active par le travail du temps, il s'agit de la libérer, au nom de la vérité et de la science, de ses superstitions ataviques : partout où elle intervient en qualité de créatrice du droit nouveau, il faut qu'elle en soit consciente et qu'elle le reconnaisse. Au lieu de forcer et de détourner le sens de la loi, qui ne peut pas être multiple, n'est-il pas mieux de s'en tenir au fait : la solution qu'elle envisage est-elle ou non dictée par les conditions actuelles de la vie, par l'utilité sociale, par la nature des choses positives ? N'est-il pas mieux d'agir, après avoir fixé le sens exact de la loi, au-delà d'elle et, au besoin, contre elle, s'il le faut ? Scientifiquement, ce procédé nous donnerait l'image authentique de la loi, comme celle de la jurisprudence. Pratiquement, les besoins pressants de la vie moderne seraient plus rapidement satisfaits, sans les tâtonnements inutiles et les retards qui sont regrettables et même parfois si iniques.

b) Ce fait acquis, rien ne prouve que la loi soit en décadence et en crise. S'il y a impuissance de cet instrument technique de l'élaboration du droit, il ne s'agit que d'impuissance de la conception qu'on lui avait donnée en 1804. Le législateur continue toujours à intervenir, mais il ne le fait que lorsque le cas nouveau a pris de larges proportions et s'est entièrement présenté devant la pratique, celle-ci ayant éclairci de tous les côtés le problème à résoudre. Il s'interpose alors soit pour confirmer, soit pour compléter les solutions prétoriennes, ces dernières lui ayant

1) Voir : CRUET (Jean), *La vie du Droit et l'impuissance des lois*, Paris, 1920, p. 247.

déjà tracé la voie, en devançant son œuvre (1). Quelquefois, il intervient aussi pour corriger une jurisprudence trop timide et hésitant en face des questions dont elle est saisie : exemple des lois introduisant la théorie de l'imprévision dans le système juridique, pour rectifier une jurisprudence hostile à cette théorie (2).

c) Enfin, en supposant que l'attitude défavorable du Code civil à l'égard du problème de l'imprévision ne puisse être comprise qu'en considération des idées et tendances de l'ère révolutionnaire et qu'entre ce moment-là et le moment où l'imprévision est apparue comme une nécessité demandant une solution bienveillante, beaucoup de choses aient changé, de telle sorte que les principes généraux du Code civil n'aient plus compétence pour se prononcer sur ce problème — fait que nous allons constater dans nos développements ultérieurs — la jurisprudence est libre de le résoudre favorablement, le principe de la Séparation des pouvoirs ne lui interdisant plus de le faire, en dépit et au-delà du Code civil. Si, pourtant, elle se montre conservatrice vis-à-vis de notre théorie, malgré la nécessité impérieuse de son admission — ce qui, pour le moment, n'est qu'une hypothèse — c'est parce qu'elle n'a pas encore compris son véritable rôle, qu'elle se sent encore indécise et enchaînée par le principe de la Séparation des pouvoirs, qui n'est plus, et ce grâce à elle, qu'une chimère. De ce chef, elle est fort critiquable.

Section B.

CRITIQUE DE LA THÉORIE DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ

L'Individualisme de la philosophie rationaliste et le Libéralisme économique de l'Ecole physiocrate, voyant dans l'individu le centre de l'Univers, lorsqu'il s'agissait de trouver la source du droit, ne pouvaient pas la chercher ailleurs que dans l'individu même, dans une de ses facul-

1) Voir dans ce sens : ESMEIN (A.), *La jurisprudence et la doctrine*, Revue trimestrielle de droit civil, 1902, p. 16 ; — PERREAU, *op. cit.*, p. 321 ; — CRUET, *op. cit.*, pp. 13, 22-23, 49, 53, 88, 139.

2) Voir : *infra*, p. 455 et suiv.

tés. Parmi plusieurs facultés psychologiques de l'individu, ils ont préféré la volonté, parce qu'elle leur semblait exprimer le mieux la liberté et l'indépendance de l'individu. D'autre part, la volonté s'imposait à eux par force de tradition. Si leur doctrine était révolutionnaire en général, elle était, sur ce point, conservatrice. Au Moyen Age, les théologiens cherchaient l'origine du droit en Dieu, dans sa volonté supérieure. De même, l'Ecole du Droit naturel, bien que Grotius soit le premier qui se soit efforcé de lâcher le droit (1). Alors, au lieu de diviniser le droit, comme l'ont fait leurs prédécesseurs, les rationalistes ont divinisé l'individu et sécularisé le droit... Désormais, toute règle juridique dérive de la volonté individuelle. En Droit public, cette volonté s'extériorise par le bulletin de vote qu'a tout citoyen de la République, lequel en votant, participe, avec ses concitoyens, à la formation d'un Contrat social. Le contrat social, c'est la forme juridique de la société démocratique au sens bourgeois et de son Etat. C'est la Constitution et la Loi. En Droit civil, cette volonté trouve son expression dans les transactions journalières entre individus, dont la forme la plus parfaite est le Contrat civil. Ce dernier est, en effet, le domaine propre de la volonté individuelle. En Droit public, elle abdique, en quelque sorte, sa souveraineté, afin que celle-ci lui soit garantie en Droit privé. Par la Loi, elle pose des limites à son champ d'action, à l'effet d'être entièrement libre à l'intérieur de ces limites. Dans la Loi, son rôle, après avoir été actif, devient par la suite passif, autolimité ; dans le contrat, après avoir été passif, il devient, par la suite, actif. En disant « la loi » nous ne pensons qu'aux règles impératives et d'ordre public, auxquelles la volonté individuelle ne peut déroger sous aucun prétexte. Quant aux règles « interprétatives » (dispositives), la volonté y reprend toute son activité, et ce n'est que dans le cas de la passivité volontaire de celle-ci que ces règles-là interviennent, rien que pour remplir le vide de son absence (succession *ab intestat*, régime matrimonial légal, etc.). En dernière analyse, la volonté est partout ; c'est elle, et uniquement elle, qui donne la vie au droit dans toutes ses manifestations.

1) Voir ; GOUNOT, thèse précitée, pp. 33, 34.

Par ce jeu de volonté tantôt collective (la Loi), tantôt individuelle (le Contrat), la théorie de l'autonomie de la volonté, pour arriver à soumettre à son règne toutes espèces d'obligations et d'actes juridiques, a construit toute une échelle de volontés, c'est-à-dire de formes sous lesquelles elle apparaît : elle est *préexistante*, lorsque l'obligation dérive directement de la loi ou de la règle juridique en général ayant le caractère impératif ; elle est *présu-mée*, lorsque l'obligation est imposée par les règles dites dispositives, car ces règles « interprètent » une volonté individuelle qui n'a pas été déclarée, mais qui, si elle avait été déclarée, aurait eu le contenu que ces règles supposent : elle est *tacite*, lorsqu'elle ne s'est pas (ou pas suffisamment) prononcée sur un point litigieux (par exemple, dans un contrat ou un testament) ; elle est *expresse*, lorsque sa déclaration est complète et sans lacune aucune.

En prenant pour modèle un contrat, précisément un contrat de travail, voici comment fonctionne la théorie de la volonté : *volonté préexistante* : ce contrat doit être *légalement* formé (art. 1134, al. 1^{er} C. c.) ; il ne doit pas offenser l'ordre public et les bonnes mœurs (art. 6 et 1133 C. c. : engagement à vie de l'ouvrier ; établissement d'une maison de tolérance ; etc.) ; il doit être *librement* conclu, sans erreur, sans dol, sans violence physique ou morale, sans lésion (pour les mineurs) (art. 1109 et suiv. C. c.) ; — *volonté présumée* : les parties n'ont pas fixé la durée du contrat ; il peut donc être résilié unilatéralement par l'une ou par l'autre des parties, par le patron ainsi que par l'ouvrier, et cela sous certaines réserves, à n'importe quel moment (art. 1780, 2^e al. C. c.) ; puisqu'elles n'ont rien dit à ce sujet, la loi suppose qu'elles ont adopté le régime légal suppléant à la volonté non-exprimée. Ou bien, les parties ont fixé le montant du salaire, mais n'ont pas précisé si, en cas de hausse du coût de la vie, le salaire doit rester le même ou suivre le cours des prix sur le marché. Bien qu'elle ne soit pas extériorisée, le juge doit rechercher la volonté des parties, leur volonté intime, leur « intention commune » (art. 1156 C. c.). En d'autres termes, il doit remonter à l'époque de la conclusion du contrat. Quelle était alors la « commune intention » des parties ? De conclure un contrat de travail de tant d'heures par jour,

pour tant de francs par heure ou par jour, se terminant à telle date ou ayant une durée indéterminée. Jusque-là, la « commune intention » ne nous donne pas encore un renseignement précis sur la question qui nous intéresse. Il faut alors examiner la nature du contrat, il faut l'« interpréter » d'après les règles de la « bonne foi » (art. 1134, al. 3 C. c.), de l'« équité », de l'« usage » ou de la « loi », pour dévoiler les suites qu'elles lui donnent d'après sa nature (art. 1135 C. c.). C'est un contrat à titre successif et à terme. Par conséquent, il contient un aléa, un risque à courir pour les deux contractants, risque qui dépend de l'avenir. Puisqu'ils n'ont pas exclu ce risque par une clause spéciale, cela prouve qu'ils ont voulu tenter leur chance, en jouant sur le hasard. Leur « commune intention » était donc de maintenir le contrat tel quel, malgré tout changement ultérieur de circonstances. Le changement est survenu, en effet. Il a rendu la situation de l'ouvrier très pénible. Il est obligé de fournir la même quantité de travail pour un salaire moindre que celui qui a été convenu (les prix ayant augmenté, les produits du patron ont augmenté dans la même proportion ; en payant l'ouvrier comme il le payait avant la hausse, il gagne davantage ; l'ouvrier, en achetant ces produits à un prix nouveau par son ancien salaire, perd et gagne moins). Tant pis pour l'ouvrier. Il l'a voulu ! C'est tout à fait conforme à la « bonne foi », à l'« équité », à l'« usage » et à la « loi », car les principes généraux du Code civil n'admettent pas l'adaptation du contrat aux circonstances, sans une clause expresse dans ce sens (art. 1134, al. 2 C. c.) ; — *volonté tacite* : les parties ont fixé le terme d'expiration du contrat. Cependant, à l'arrivée du terme, l'ouvrier continue à travailler dans les mêmes conditions, le patron à lui payer le même salaire, sans rien dire ni l'un ni l'autre. Le contrat est censé prolongé par une volonté tacite des parties contractantes (art. 1738 C. c., *arg. per analogiam*).

Malgré son autorité vieille déjà d'un siècle entier, la théorie de l'autonomie de la volonté n'a jamais été qu'une pure fiction, qu'une pure imagination des « philosophes », dépourvue de tout fondement dans la réalité, contraire aux faits et à la moindre vérité scientifique.

Tout d'abord, pour que la volonté ait le pouvoir créateur, une valeur en soi, sans égard aux autres facteurs so-

ciaux, psychologiques, religieux ou autres, il faut qu'elle possède réellement une autonomie, une liberté illimitée, qu'elle soit indéterminée et non motivée par rien. Justement, la possession de telles qualités de la volonté humaine n'est pas certaine. Est-elle libre ou non ? Est-elle soumise aux faits ou non ? Personne ne le sait. C'est un problème métaphysique et insoluble. D'aucuns pensent qu'elle est indéterminée, d'aucuns qu'elle ne l'est pas. A qui donner raison ? (1). Alors, comment peut-on parler d'une « autonomie » de la volonté, étant donné que cette autonomie n'est pas et ne peut être prouvée ?

D'autre part, si l'on admettait que la volonté est autonome et créatrice de droits et d'obligations, on n'arriverait pas à concevoir logiquement comment cette volonté peut se soumettre à un commandement. Ce commandement, provient-il d'une autre volonté plus forte ou de la volonté qui s'oblige ? Si c'est d'une volonté autre que celle qui s'oblige, cette dernière n'est pas autonome, car elle obéit à la volonté d'autrui. C'est déjà une hiérarchie de volontés : une plus forte, l'autre plus faible. L'autonomie suppose l'égalité. Et l'égalité exclut la soumission. Par conséquent, la théorie de l'autonomie de la volonté est incapable d'expliquer, en cette hypothèse, la naissance d'une obligation quelconque, sans se contredire ; elle ne peut pas non plus concilier la souveraineté de l'Etat et la force obligatoire d'un traité international. — Si ce commandement provient de la volonté même qui s'oblige, ce que la théorie de l'autonomie de la volonté prétendait pour éviter la contradiction sus-mentionnée, c'est un non-sens. Peut-on s'obliger envers soi-même ? Pas le moins du monde ! Cette idée implique celle de l'autolimitation. Or, se limiter par soi-même, cela signifie ne pas se limiter du tout. L'on pourrait parler d'une autolimitation morale, des devoirs qu'impose la conscience, mais de l'autolimitation juridique, jamais. Toute règle de droit a besoin d'une contrainte. Cette contrainte, de par sa nature, doit venir du dehors, d'une force plus puissante que notre résistance. Parler de l'autolimita-

1) Voir : DUGUIT (Léon), *Traité de Droit constitutionnel*, t. I, Paris, 1927, 3^e éd., p. 14-18 ; — Cf. PERITCH (Jivoïn), *La volonté des particuliers comme créatrice de droits privés*, Revue trimestrielle de droit civil, 1929, p. 7.

tion, c'est parler du despotisme de l'Etat, de l'anarchie dans la société et dans les rapports internationaux, de tout ce que l'on veut, sauf du droit... Pourtant, si l'on admettait, bien que ce soit antinomique, que ma volonté d'aujourd'hui règne sur mes actes d'aujourd'hui, on ne pourrait pas admettre qu'elle règne sur mes actes de demain, lorsque je puis changer d'avis, lorsque j'aurai plus d'expérience. Je serais alors moralement obligé d'obéir à un passé que je regretterais, que je trouverais peut-être absurde ! (1). « Au moment où l'on dit que ma propre volonté m'oblige, disait TARDE, cette volonté n'est plus ; elle m'est devenue étrangère... Mon vouloir passé, qui n'est plus, mais qui pourtant s'impose à moi, et qu'on peut m'opposer, est comparable à la volonté des aïeux qui dirigent les vivants » (2). KANT lui-même, qui fut un des pères spirituels et des représentants les plus vigoureux du *Willensdogma*, s'est avoué impuissant à expliquer la force obligatoire des contrats par la doctrine volontariste. Pour lui, c'est un « jugement synthétique *a priori* », un « postulat de la raison pure » (3) ; le saut entre le « je veux » et le « je dois » ou entre le « je veux » et le « tu dois » reste infranchissable (4).

Telles sont, en général, les raisons pour lesquelles la volonté individuelle comme valeur en soi et prétendue créatrice des droits, paraît illogique et inadmissible. Cet illogisme écarté, nombreuses sont les contradictions et les difficultés qu'elle rencontre dans le domaine du Droit privé, la rendant absurde une fois de plus.

Ainsi, par exemple, nous savons qu'en matière de mariage, la capacité juridique de la femme mariée était, avant la loi du 18 février 1938, identifiée avec celle des enfants mineurs et des incapables ; en d'autres termes, elle n'avait

1) Voir : DERFUX (Georges), *De l'interprétation des actes juridiques privés*, thèse, Paris, 1905, p. 323-328 ; — DU MÊME AUTEUR, *Etude des diverses conceptions actuelles du contrat*, Revue critique de législation et de jurisprudence, 1901, p. 106-111.

2) TARDE (Gabriel), *Les transformations du droit, Etude sociologique*, Paris, 1894, 2^e éd. revue, p. 121.

3) KANT, *Eléments métaphysiques de la doctrine du droit*, *op. cit.*, p. 106.

4) Comp. : GOUNOT, thèse précitée, p. 344.

le droit de faire aucun acte juridique ni à titre onéreux, ni à titre gratuit sans le concours de son mari dans l'acte, ou son consentement par écrit (art. 217 C. c.). Cependant, la jurisprudence, appuyée par les art. 214 et 1420 du Code civil, lui accordait la faculté d'accomplir quotidiennement, sans autorisation du mari, tous actes intéressant la vie domestique : acheter les denrées et les vêtements, au comptant ou à crédit, traiter avec les serviteurs et les fournisseurs, et cela malgré le principe, jusqu'à nos jours, essentiel, de l'incapacité de la femme mariée (le *pouvoir des clefs*, *das Schlüsselgewalt*). Le mari est tenu de payer tous les engagements de la femme faits de la sorte, en sa qualité de chef de la famille. — La théorie de l'autonomie de la volonté expliquait cette exception par la fiction du *mandat tacite et général* que le mari aurait, une fois pour toutes, accordé à la femme pour tout ce qui concerne la vie domestique. Quel drôle de fantôme que ce mandat tacite ! — disait M. DEREUX (1). Supposons que le mari ait abandonné le domicile conjugal ; sa femme est restée et se soucie de la famille et des enfants. « S'il ne s'agissait pas d'une situation aussi triste, écrivait M. CHÉRON, on sourirait de ce mari, qui, abandonnant sa femme, lui donne mandat de travailler pour nourrir ses enfants (2).

Toute personne peut librement disposer, soit sous le titre d'institution d'héritier soit sous le titre de legs, soit sous toute autre dénomination propre à manifester sa volonté, de tout ou partie de ses biens, sous réserve de remplir les formalités et les conditions légales, pour le temps où elle n'existera plus (*mortis causa*) (art. 893, 895, 967 du Code civil). Mais, si elle n'a pas usé de cette liberté de tester, que la loi lui accorde, pour une raison ou pour une autre, la succession est déférée par suite de sa mort naturelle ou *civile* (cette dernière a été abolie par la loi du 31 mai 1854), selon les divers ordres de succession que la loi, elle-même, institue, pour le cas de défaut de testament (succession *ab intestat*) (art. 731 et suiv. du Code civ.). —

1) DEREUX, *De l'interprétation des actes juridiques privés*, thèse précitée, p. 284.

2) CHÉRON, *Etude sur l'adage Uxor non est propria socia.*, p. 217, cité par M. DEREUX, thèse précitée, *loc. cit.*

La théorie de l'autonomie de la volonté a vu dans cette institution de la succession *ab intestat* la volonté présumée du *de cuius*. Autrement dit, du moment que celui-ci, nous a-t-elle dit, n'a pas fait de disposition autre que celles prévues par la loi, il a *voulu* que l'ordre de succession de ses biens soit l'ordre légal. Voici à quelles conséquences nous amène le *Willensdogma* en cette matière : supposons que le *défunt* ait fait un testament dans lequel il dispose de ses biens d'une façon autre que celle que prescrit la loi, lorsqu'il n'y a pas de testament, mais que ce testament ait été annulé pour inobservation de la forme légale, en vertu des articles 970 et suiv. du Code civil. Que se passera-t-il alors ? La succession sera déférée d'après les ordres de succession légaux, parce que le testament, ayant été annulé, est censé n'avoir jamais existé. N'est-il pas clair que cette succession sera alors déférée contre la volonté du testateur ? Dans la théorie de l'autonomie de la volonté on persiste à croire, cependant, qu'elle est conforme à la volonté du *de cuius* ! (1)

Un fou ou un nouveau-né sont des titulaires de droits et d'obligations. Sur quelle volonté reposent-ils, ces droits et ces obligations ? Sur celle du fou ou du nouveau-né ? Elle n'existe point : un fou n'a pas de volonté juridiquement valable ; un nouveau-né, pas davantage. Sur celle de leurs représentants, de leurs tuteurs ? Non plus, parce que ceux-là n'agissent pas à leur propre nom et pour eux, mais au nom du pupille et pour lui et au nom de l'incapable et pour lui. — La théorie de l'autonomie de la volonté a imaginé là aussi, la volonté individuelle créatrice de droits ! (2)

C'est en matière contractuelle que la doctrine volontariste s'est sentie le plus à l'aise, parce que là il y a toujours une déclaration de volonté et une volonté réelle, mais elle n'y en est pas moins exposée à la critique. D'une façon générale, si la volonté était le facteur générateur des obligations naissant des contrats, il faudrait se demander toujours quelle était la véritable teneur de cette volonté et examiner la psychologie des contractants jusque dans les moindres

1) Voir : GOUNOT, thèse citée, p. 103 et suiv. ; — DEREUX, thèse citée, p. 316-318.

2) Voir : GOUNOT, thèse citée, p. 337.

dres détails. A part les difficultés insurmontables, auxquelles se heurterait souvent un travail pareil, il nous fournirait, lorsqu'il est possible, des solutions inadmissibles, solutions qui, à dire vrai, représenteraient la négation du droit contractuel et du crédit public qui en est la condition essentielle. Qu'il nous suffise de rappeler seulement l'erreur sur les motifs de l'engagement ! La plupart des contrats seraient annulés si on appliquait la théorie de l'autonomie de la volonté. C'est pour cela que le Code civil, qui adopte, en principe, cette théorie (art. 1156), ne mentionne pas, parmi les causes de nullité du contrat pour erreur, celle sur les motifs (art. 1110). D'autre part, et c'est du reste pour la même raison, la réserve mentale n'est pas considérée comme cause d'annulabilité du contrat.

Si la volonté était génératrice des obligations, pour quoi n'admet-on pas que, dans les contrats entre absents, le contrat soit formé dès que la volonté de l'offrant se rencontre avec celle de l'acceptant ? Pourquoi est-il nécessaire que l'acceptant ait émis son acceptation (système de l'*émission*) ou que l'offrant ait reçu la réponse favorable (système de la *réception*) ? C'est justement, parce que la volonté toute seule ne suffit pas pour former un contrat entre absents (1).

Par ailleurs, il est toute une série de contrats dénommés *contrats d'adhésion* (2), dont le mode de formation résultant de la position subordonnée d'une partie à celle de l'autre, exclut toute question d'autonomie de volonté. La moindre insinuation de cette idée n'y serait, selon le mot de M. le Doyen RIPERT, qu'une « mauvaise plaisanterie » (3). Nés avec la grande industrie et son caractère parfois monopolisé, ces contrats sont des exemples typiques propres à démontrer le fait de l'inégalité des parties contractantes, la plus forte imposant sa loi à la plus faible. Les compagnies d'assurance, les grandes entreprises industrielles, les grands magasins, les compagnies de transport et de fourniture d'eau, de gaz et d'électricité n'entrent même pas en rapport personnel avec leurs clients, mais dressent,

1) En ce sens : DEREUX, thèse citée, p. 335.

2) Le terme est lancé pour la première fois par SALEILLES (Raymond), *Déclaration de volonté*, n° 89, p. 229.

3) RIPERT, *La règle morale...*, op. cit., p. 103, n° 55.

à cause du très grand nombre de ceux-ci et pour satisfaire les besoins de rapidité qu'exigent leurs affaires, des clauses en forme générale et permanente insérées dans des documents imprimés, ayant le caractère de véritables règlements. Le public, en s'engageant, ne contracte pas, mais adhère à un statut qu'il ne veut peut-être pas, mais auquel il doit se soumettre, parce qu'il est courbé devant une impérieuse nécessité de le faire : il doit voyager, s'assurer, user d'eau, d'électricité, de gaz, monter dans une voiture publique, travailler au service d'autrui... — D'autre part, étant donné que les clauses de ces statuts sont souvent très nombreuses et très compliquées, surtout celles des polices d'assurance, le public, ou ne les lit pas du tout (personnes illettrées), ou pas assez attentivement ; souvent il ne les comprend même pas. Dans ces conditions, la volonté de l'adhérent, c'est-à-dire de l'assuré, prise uniquement dans son sens de simple consentement, n'existe point par rapport à ces clauses singulières. Pourtant, il lui arrive de se voir déchu du droit de toucher son assurance pour ne pas avoir accompli une formalité que lui imposait la police, dont il n'avait pas compris le sens ou à laquelle il ne faisait pas assez attention. Les compagnies d'assurance en profitent très volontiers, la théorie de l'autonomie de la volonté facilitant la fraude par laquelle elles abusent de la crédulité publique. Pour en préserver le public, il ne reste qu'un seul moyen : il faudrait l'assurer, comme disait M. DEREUX, contre les contrats d'assurance (1).

En dehors de toutes ces contradictions dans lesquelles tombe irrémédiablement le fameux dogme de la volonté individuelle, ce dogme s'est montré, en plus, très fâcheux sur le plan social.

La théorie de l'autonomie de la volonté a pour base philosophique le postulat de l'égalité et de l'indépendance des individus les uns vis-à-vis des autres ; pour base économique : la liberté d'action et la libre concurrence. La première était sa cause, la seconde sa fin. Dans l'égalité des moyens, la lutte économique est capable de donner des résul-

1) DEREUX, thèse citée, p. 199.

tats énormes : la richesse et le bien-être à tout le monde. Cette égalité est « innée » et « naturelle ». Ni l'Etat ni les particuliers ne doivent y toucher ; autrement, la concurrence ne serait pas libre et alors, elle deviendrait peu équitable et la source de toute iniquité. L'Etat ne doit pas se mêler des affaires des particuliers ; son rôle doit être passif. Protéger les uns contre les autres, cela ferait disparaître l'égalité naturelle. Les particuliers ne doivent pas s'organiser en associations, parce que cela aussi ferait disparaître l'égalité naturelle : la majorité prévaudrait sur la minorité et la première asservirait la seconde. La non-intervention de la part de l'Etat (art. 2 et 4 de la Déclaration ; art. 6 et 1134 du Code civil) et l'interdiction des associations et coalitions professionnelles (loi Le Chapelier du 14-17 juin 1791 ; art. 414 à 416 du Code pénal) garantissent à merveille le maintien de l'égalité et assurent tous les bienfaits de la libre concurrence. Les particuliers, étant des êtres doués de la raison, s'arrangeront au mieux tous seuls : ils trouveront toujours une juste base à l'échange de leurs biens : le juste prix, la juste rémunération du travail, parce qu'ils peuvent discuter librement et sans aucune gêne, toutes les conditions de leurs engagements.

En effet, tout se serait passé peut-être ainsi, si l'égalité avait été vraiment une qualité naturelle des individus. Mais les faits, qui se sont déroulés au cours du 19^e et au début du 20^e siècle, ont démontré absolument le contraire. La transition de la manufacture et de l'artisanat à la grande industrie, du travail purement manuel au travail des machines, le développement du commerce et du transport, les inventions techniques et le perfectionnement continu des modes de production, tout en ayant le mérite d'avoir apporté un progrès matériel incontestable dans la société, continrent en eux-mêmes une contradiction que le libéralisme n'espérait certainement pas. Tout d'abord, elle se fit sentir au sein de la classe bourgeoise, elle-même. A côté des grandes entreprises industrielles et commerciales, il y en avait de petites, et ces dernières ont été mises en pleine dépendance ou à la merci des premières. Pour se défendre, c'est-à-dire pour pouvoir continuer la lutte, elles n'avaient qu'un seul moyen : de se grouper. Hélas, ce moyen était proclamé illégal. D'autre part, et c'est là où le libéralisme fut le plus

cruel, la nouvelle plate-forme économique engendra l'apparition d'une nouvelle classe sociale, la quatrième — la classe ouvrière. L'abolition du système féodal et la libération des paysans de leurs liens les attachant à la terre, la dissolution des anciennes corporations et le besoin de main-d'œuvre qu'eût la grande industrie, jetèrent une masse considérable d'ouvriers sur le marché de travail. Bientôt, grâce au machinisme et à la rationalisation des modes de travail, comme à l'abandon de la terre de la part des agriculteurs se dirigeant vers les villes, la quantité de la main-d'œuvre excéda les besoins : l'offre dépassa la demande. Les conséquences : abaissement des salaires, insalubrité des usines, travail sans repos... Les ouvriers, n'ayant pas d'autres ressources leur assurant la subsistance que le travail, se trouvèrent sous la dépendance absolue des employeurs ; ceux-ci empiraient de jour en jour les conditions de travail que les ouvriers étaient obligés d'accepter sans discussion aucune, et en bloc, car ils préféraient tout naturellement l'exploitation sans merci au chômage, entre les deux maux ils choisissaient le moindre. La volonté autonome des employés, qu'est-elle devenue en de telles circonstances ? Le patron, au lieu d'offrir ses conditions, les imposait ; l'ouvrier, au lieu de les discuter, d'y apporter des modifications selon ses intérêts, les acceptait sans pouvoir rien dire, telles que le patron les lui dictait. Plus tard, le contact personnel entre eux n'existait même plus. Le patron octroyait par sa volonté unilatérale et souveraine un contrat-type, auquel se soumettaient tous ses ouvriers, comme sous un régime quasi-légal. Ces derniers ne concluaient pas un contrat de travail, mais adhéraient à un règlement d'atelier, prescrivant le taux du salaire, la durée de travail, le congé, la discipline... Il est évident que la volonté des travailleurs était par là réduite à zéro. Ils ne consentaient pas à travailler parce qu'ils le voulaient, mais parce qu'ils y étaient économiquement contraints, parce qu'ils n'étaient pas libres de pouvoir le refuser au cas où l'offre ne leur convenait pas (et pourtant c'était le cas ordinaire). Néanmoins, le fantôme de la théorie de l'autonomie de la volonté y était toujours présent. En théorie, les travailleurs étaient toujours libres, indépendants de leurs patrons, en possibilité d'accepter ou de refuser le travail, d'opposer leurs volontés à

celles des patrons tant qu'elles ne sont pas conciliées dans un compromis au plaisir de tout le monde. En pratique, étant toujours la brèche à l'intervention de l'Etat en vue de protéger les plus faibles de l'exploitation de la part des plus forts et à la nécessité d'un droit pour les premiers de se grouper afin de se protéger eux-mêmes, le libéralisme provoqua des conséquences qui l'amènèrent à sa propre négation. Les barricades, les luttes dans les rues, les syndicats clandestins, leur suppression et les emprisonnements, d'une part, les maladies, les accidents dans les usines, le travail des mineurs et des femmes, l'invalidité d'une grande partie des citoyens, d'autre part, et par là le ralentissement de la force productrice de l'industrie ainsi que l'affaiblissement de la défense nationale de l'Etat (1), faits qui, mettant en danger le maintien de l'ordre public, la continuation de la production et l'indépendance internationale de l'Etat, contraignirent ce dernier à intervenir en faveur de la classe ouvrière par des mesures soit directes, soit indirectes. Directement, en prescrivant par la voie législative le taux minimum de salaires, les heures de travail par jour, l'hygiène dans les usines, la prohibition du « Truck-système », la responsabilité du patron à raison des accidents du travail ou des maladies professionnelles, l'assurance obligatoire contre la vieillesse, l'invalidité, la maladie, le chômage, etc. Indirectement, en reconnaissant le droit tant aux patrons qu'aux ouvriers de s'associer en syndicats professionnels à titre permanent en vue de la défense de leurs intérêts légitimes par voie de mesures collectives : la grève et le lock-out (Lois du 25 mai 1864, du 30 juin 1881, du 21 mars 1884 et du 1^{er} juillet 1901). — A partir de ce moment-là, le postulat de l'égalité et de l'indépendance des individus s'est vu remplacé, dans le domaine du travail, par l'idée de protection du plus faible (celle-ci ayant pour base le fait de l'indépendance) et le libéralisme par l'interventionisme (solidarité dans la société) et par l'action collective des organisations professionnelles, du salariat d'un côté et du pa-

1) Ainsi, à un moment donné, le Conseil de révision n'a pu trouver dans la région de la Ruhr pas un seul ouvrier (les habitants de cette région n'étaient que des ouvriers) apte à faire son service militaire. — Voir : Dr BAITCH (Stoyan), *Principes de Droit ouvrier* (en serbo-croate), Belgrade, 1934.

tronat de l'autre (solidarité à l'intérieur des groupes sociaux dans leur lutte contre les groupes opposés) (1). Ses bases ayant disparu, personne ne parle plus de l'autonomie de la volonté en cette matière. Le champ d'application de la volonté même comme instrument de s'obliger est repoussé au second plan. Les contrats individuels de travail proprement dits se font rarement, et lorsqu'on les fait, ils sont soumis soit à l'autorité de la loi, soit à celle des « volontés collectives ». De nouveaux instruments juridiques sont intervenus : les règlements d'atelier contrôlés par l'Etat et par les syndicats, les conventions collectives de travail, les sentences arbitrales (2).

1) Voir : DUGUIT, *Les transformations générales du Droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, 1912, p. 26-29.

2) L'intervention de l'Etat dans les rapports privés n'est pas limitée uniquement à la matière du Droit ouvrier. Aussi s'étend-elle à toutes les autres et va-t-elle croissant de jour en jour. La libération du débiteur (abolition de la contrainte par corps par la loi du 22 juillet 1867) ; l'extension du champ d'application de la lésion aux ventes d'engrais et au profit de l'acquéreur (loi du 8 juillet 1907) ; la réglementation de la vente de fonds de commerce pour protéger les vendeurs impayés (loi du 17 mars 1909) ; la répression de la spéculation illicite (loi du 20 avril 1916) et des fraudes et falsifications dans les ventes de marchandises (loi du 1er août 1905) ; la vérification des poids et mesures (loi du 4 juillet 1855) ; la garantie des vices dans les ventes d'animaux (lois des 21 juillet 1881, 2 août 1884, 31 juillet 1895, 21 juin 1898, 23 février 1905) ; la réglementation et la majoration des prix de certaines denrées et marchandises ; la création, à côté de la faillite, de la liquidation judiciaire, accordée en principe au commerçant malheureux et de bonne foi (loi du 4 mars 1889) ; la protection de l'enfant naturel et de la fille-mère séduite par l'autorisation de la recherche de la paternité naturelle (loi du 16 novembre 1912) ; l'encouragement des familles nombreuses (loi du 14 juillet 1913) ; l'assistance des enfants, des vieillards, des infirmes incurables, des femmes en couches ; l'éducation des enfants imposés à leurs parents (loi du 28 mars 1882 : obligation du père, sous sanction pénale, de donner l'instruction primaire à son enfant, loi du 24 juillet 1889 : déchéance de la puissance paternelle en cas de condamnation pénale du père ou de la mère ; loi du 7 décembre 1874 : déchéance de la puissance paternelle contre les parents qui ont livré leurs enfants à des personnes exerçant des professions ambulantes, ou qui les ont employés à la mendicité ; loi du 18 avril 1886 : au cas de divorce ou de séparation de corps, le tribunal statue sur la garde des enfants et peut ordonner toutes mesu-

Enfin, il ne nous reste que la dernière question, savoir : l'interprétation des contrats. Comme en matière d'interprétation des lois, cette question se pose lorsque les parties n'ont pas assez ou n'ont point précisé la façon de résoudre un point litigieux. L'Exégèse proposait, lorsqu'il s'agissait de trouver le sens d'une règle juridique ou de combler une lacune de la loi, de rechercher la volonté du législateur toute puissante. Et elle arrivait par là, nous l'avons vu, à créer des fictions fondées sur une volonté imaginaire. Quant à l'interprétation des contrats, la théorie de l'autonomie de la volonté a adopté une méthode tout à fait analogue à celle de l'Exégèse : la recherche de la « volonté commune » des parties contractantes. L'art. 1156 du Code civil dispose : « On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes ». Le Droit romain était dans la même voie : « *In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit* » (1). Mais, tandis que ce dernier distinguait nettement l'interprétation « stricte » de celle « de « bonne foi », la théorie de l'autonomie de la volonté rattache toutes les solutions, même celles qui proviennent de l'équité, de l'usage, de la bonne foi et des principes généraux de la loi, c'est-à-dire de la nécessité et de l'utilité sociale, à la « volonté commune ». Cette méthode concorde

res prises en vue de leurs intérêts) ; la protection de l'aliéné qui est interné sans avoir été interdit (loi du 30 juin 1838) ; le souci de la santé et de la sécurité publiques : la démolition des maisons menaçant ruine (loi du 21 juin 1898) ; la contrainte à l'assainissement des logements insalubres (lois des 5 avril 1884, art. 97, et 15 février 1902) ; l'expropriation pour des raisons d'hygiène (lois des 15 février 1902 et 17 juin 1915), d'urbanisme (lois des 14 mars 1919 et 19 juillet 1924) et d'esthétique (lois des 21 avril 1906 et 31 décembre 1913) ; la réquisition en temps de guerre ; etc. etc.

L'initiative individuelle s'étant montrée impuissante à assurer la production, la circulation et la distribution des richesses, de même que la conservation de la moralité et de la conscience de l'intérêt général, l'Etat tend de plus en plus à un dirigisme de l'Economie politique et de la vie privée des individus. — Consulter : RIPERT (Georges), *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, op. cit., p. 131-325.

1) *Digeste, De verborum significatione*, 50, 16.

très mal avec la réalité. Elle aboutit souvent, comme l'Exégèse, à voir la volonté là où elle n'existe pas. Dans une loi, la volonté est une, celle du législateur. Dans une convention, il y a au moins deux parties, dont chacune a sa volonté, donc deux volontés qui, avant de se rencontrer et de se concilier, ont des tendances opposées. La convention une fois formée, les deux volontés constituent un accord, et se transforment en une volonté commune, qui est la volonté juridique. Par conséquent, la notion de cette volonté commune suppose toujours un accord. Comment peut-on alors chercher cette volonté commune là où, au lieu d'un accord, il existe un désaccord ? Sur le point litigieux, les volontés adverses ne sont pas parvenues à se réunir en une volonté conciliatrice, et sont toujours restées contradictoires. C'est au juge de les concilier, de trouver un compromis entre elles, mais, ce faisant, il ne découvre pas une « intention commune » pour cette bonne raison qu'elle a déjà fait défaut ; il supplée à l'absence de cette intention. Quelle que soit la solution qu'il apportera, on ne peut jamais dire que telle aurait été la volonté des parties si elles avaient prévu la difficulté en question, car nous n'en savons rien. Voici un exemple tiré de la pratique qui démontre l'évidence de cette assertion. Il s'agissait d'un contrat entre cochers de place et chef d'une entreprise de transport. Un accident arrive à l'un des cochers. La question se posait de savoir si ce contrat était un louage de services (le cocher louant ses services à la compagnie) ou un louage de choses (le cocher louant la voiture à la compagnie). Si c'était un contrat de louage de services, le cocher ayant subi le dit accident, devait avoir droit à indemnité, en vertu de la loi sur les accidents du travail (du 9 avril 1898) ; sinon, la compagnie n'en était pas responsable. Au moment de la conclusion de ce contrat, ni la compagnie ni les cochers n'avaient pensé soit au louage de services soit au louage de choses. Cependant, devant le tribunal, les cochers affirmaient qu'il s'agissait là d'un louage de services pour pouvoir profiter de la loi de 1898, et la compagnie, qu'il s'agissait d'un louage de choses pour échapper à la responsabilité que lui imposait cette loi. Chacun des plaideurs disait qu'en contractant, il avait eu l'intention de conclure, parmi les deux espèces de contrats, celle qui correspondait le mieux à son intérêt. C'est probable. Mais du moment qu'ils n'avaient

pas résolu la question qui les divisait, par un accord commun, elle dépassait la compétence de leur volonté juridique, demeurée silencieuse. Néanmoins, la Cour, saisie du litige, décida que la nature du contrat devait être déterminée selon la « commune intention des parties » (1). C'est de la pure fiction qu'aucun motif ne justifie. Ne serait-il pas plus franc de dire qu'à défaut de volonté commune, la solution à donner doit être dictée soit par la loi (si elle est encore applicable à ce cas), soit par la nécessité du moment (que le juge doit trouver à l'aide de la libre recherche scientifique) ? A quoi bon cette hypocrisie ? Peut-être nous dirait-on, comme M. SALEILLES, que, puisque la volonté que reconstitue (ou plutôt construit) le juge, n'est point une volonté réelle, mais une volonté « purement juridique », il est préférable, après tout, de procéder ainsi, puisque cette volonté juridique est celle qui se serait imposée aux deux parties, conformément à la bonne foi, plutôt que de sacrifier l'une des deux volontés à l'autre ? (2). L'exemple ci-dessus donné nous prouve, en effet, que la solution apportée avait été dictée par la bonne foi, mais il ne nous donne pas la certitude que l'une des deux volontés n'ait pas été sacrifiée à l'autre. On croirait plutôt le contraire. La matière des contrats d'*adhésion* est encore plus instructive à cet égard. Prenons au hasard un de ces contrats. Par exemple, vous louez une place au théâtre. Au guichet, on vous donne le billet sous une enveloppe cachetée. Au dos du billet de location, il est inscrit : « Défense d'entrer lorsque la représentation est commencée. » Vous arrivez en retard et présentez au contrôleur, à l'entrée, l'enveloppe cachetée contenant le billet. Il refuse de vous laisser passer. Vous demandez au tribunal des dommages et intérêts pour inexécution du contrat de la part du théâtre. On vous déboute pour le motif que l'effet de la « défense d'entrer pendant la représentation » a été librement voulu par vous. Vous dites que vous ignoriez cette clause, étant donné que vous n'aviez pas lu ce qui était stipulé au verso du billet. Peu importe.

1) Paris, 15 janvier 1902, Gaz. des tribunaux, 2 mai 1902.

2) SALEILLES, *De la Déclaration de volonté, Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand* (Art. 116 à 144), Paris, 1901, p. 229, art. 133, n° 88.

C'est votre volonté tacite qui y a consenti librement ! (1). Votre volonté, n'était-elle pas sacrifiée par là à celle du théâtre ? — Que d'exemples encore en matière d'assurance, de transport, de bail d'immeubles, de contrats de travail dans la grande industrie, etc. ! (2).

Dès lors, au lieu de construire sur un terrain irréal et de dissimuler la vérité, n'est-il pas plus simple d'adopter une méthode positiviste, franche, réaliste, libérée de toutes ces chaînes issues d'une volonté imaginaire et nébuleuse ? — La volonté individuelle n'est qu'un instrument dans la formation des obligations contractuelles. Elle n'en est ni la cause efficiente ni la cause finale. On ne s'engage pas parce qu'on le veut et pour le vouloir, mais parce qu'on est poussé à le faire par des motifs d'ordre, soit économique, soit moral et pour voir se réaliser les effets de l'action mise en mouvement. Cette action peut se déclencher, soit par une déclaration, soit par une attitude ou par un geste. Dès son apparition, elle rencontre un monde, un ordre établi, un droit objectif. Et la première condition qu'on lui demande, c'est de s'y conformer. Sans cela, elle ne peut produire aucun effet juridique. Partant, ce n'est pas la déclaration de la volonté interne, comme ce n'est pas non plus cette volonté elle-même, qui crée une situation juridique ; c'est le droit objectif qui le fait, après avoir été averti du but *légitime* à poursuivre par l'acte individuel (3). Comme la volonté n'est qu'un moyen de réaliser les droits, ceux-ci ne résident pas en elle ; ils la dominent, comme toute fin domine ses moyens (4). Il faut donc la prendre pour ce qu'elle est, et non pas pour autre chose.

En présence d'un contrat dont l'exécution soulève une difficulté quelconque, que faut-il faire ? Il faut tout d'abord examiner si la volonté réelle des parties s'est prononcée ou non sur le point litigieux. L'examen doit se faire en tenant compte, tant de la déclaration faite que de tous les autres éléments extérieurs qui peuvent en éclaircir

1) Cass. civ., 12 décembre 1911, D. 1913.1.12, Revue de Droit civil, 1913, p. 433.

2) Voir : DEREUX, thèse citée, p. 167-199.

3) En ce sens : DUGUIT, *L'Etat, le Droit objectif et la Loi positive*, Paris, 1901, p. 212.

4) Voir : GOUNOT, thèse citée, p. 433.

la portée, tels que : faits matériels, correspondance antérieure, pourparlers, rapports d'affaires entre les parties, usages particuliers, volontés internes, sous réserve de respecter la confiance dans les affaires par rapport aux contractants pris comme hommes moyens... Si cette recherche ne permet pas de découvrir un accord même tacite, mais certain, des parties contractantes sur le point litigieux (question de *fait*), le juge doit résoudre le différend en lui appliquant le droit objectif suppléant à la volonté absente des contractants (question de *droit*). Ce faisant, il ne dira pas que cette solution est dictée par la « volonté commune » des parties. Il dira qu'à défaut d'un accord des contractants, il considère que, d'après le droit préexistant ou celui qu'il crée lui-même, cette solution s'impose comme la meilleure pour les intérêts individuels et l'intérêt collectif qui sont en jeu.

Appliquée au domaine de la théorie de l'imprévision, cette méthode se présente comme suit. Il s'agit d'un contrat à long terme. Les prestations réciproques ont été précisées. Mais rien n'a été prévu pour le cas de changement dans les circonstances économiques. Ce cas survient et bouleverse l'économie du contrat. Une des parties demande l'intervention de la justice. Le juge examine la volonté et en constate le défaut. Il poursuit son examen, mais abandonne la question de volonté. Il remonte au moment de la conclusion du contrat. Le contrat est à terme. Donc, il y a certain risque à courir. Le contrat est aléatoire. Ce risque est plus grand encore. Ensuite, il met à l'épreuve les éléments constitutifs de l'imprévision, tels que nous les avons décrits dans notre Première partie. Si, après avoir vérifié leur présence, il lui semble que le risque à courir dans ce contrat doit, en l'occurrence, être moindre que celui qui résulterait de l'exécution littérale du contrat, pourra-t-il faire jouer la théorie de l'imprévision ? Nous avons vu que le Code civil ne le lui permet pas, parce qu'il considère que la confiance dans les affaires en souffrirait. Alors, en restant dans le cadre du Code, il sera obligé de prononcer l'exécution pure et simple du contrat.

Mais, à supposer qu'en raison de l'évolution de l'état de choses servant de base aux principes et préceptes du Code, celui-ci ne soit plus compétent pour statuer sur un cas d'imprévision — ce qui nous reste à prouver dans la

section suivante — le juge sera autorisé à adapter le contrat aux nouvelles circonstances en vertu d'une règle juridique toute neuve qu'il introduira dans le droit positif, le principe de la Séparation des pouvoirs étant violé, la théorie de l'autonomie de la volonté, étant dénuée de tout fondement, ne le lui interdisant pas. Il pourra le faire, au cas d'une gravité extrême, même lorsqu'il y a une volonté contraire des parties, car le droit ne permet pas que quelqu'un s'appauvrisse considérablement au profit d'autrui. La preuve en est que :

1° Les contrats aléatoires, tels que le jeu, le pari, la loterie, ne jouissent pas de la force obligatoire et ne sont considérés que comme la source d'obligations naturelles, malgré une volonté incontestable des parties qui est à la base de leur formation (art. 1965 du Code civil) (1). « Quelle faveur — disait PORTALIS devant le Corps législatif — peuvent obtenir auprès des lois les obligations et les promesses que le jeu produit, que la raison condamne et que l'équité désavoue ? Ignore-t-on que le jeu favorise l'oisiveté, en séparant l'idée de gain de celle du travail, et qu'il dispose les âmes à la dureté, à l'égoïsme le plus atroce ? Ignore-t-on les révolutions subites qu'il produit dans le patrimoine des familles particulières, au détriment des mœurs publiques et de la société générale ? » (2). « Comment tolérer — disait DUVEYRIER à son tour et à la même occasion — dans une société bien ordonnée, que les citoyens mettent leurs fortunes au hasard d'un coup de dés, qu'une épouse, des enfants, voient s'évanouir en une heure toutes leurs ressources et leurs espérances, avec le patrimoine d'un mari ou d'un père dissipateur ? » (3). Pourtant, les citoyens ont voulu la naissance de ces obligations !

2° Les donations entre vifs sont soumises à des formalités autrement dures que celles des contrats à titre onéreux, parce que le législateur a voulu en diminuer le nombre, en forçant les particuliers à réfléchir sérieusement avant de se décider à faire un acte à titre gratuit (art. 931 du Code civil). D'autre part, elles sont réductibles et révocables dans les cas

1) Voir *supra*, p. 29-30.

2) Voir : FENET, *Exposé des motifs au Corps législatif*, XIV, p. 540.

3) Voir : FENET, *Rapport au Tribunal*, XVI, p. 550.

prévus par la loi indépendamment de la volonté du donateur (art. 920 — réduction ; 953 et suiv. — révocation) (1).

3° La jurisprudence s'est attribuée le droit de reviser, en la réduisant, la rémunération du service des avocats, avoués, agents d'affaires et médecins, lorsqu'elle lui paraît excessive en comparaison de la valeur réelle du service rendu, bien que le montant de cette rémunération ait été librement consenti par les parties contractantes (2).

Ni dans le premier cas (lorsque le juge prononce le maintien du contrat en application des principes du Code) ni dans le second (lorsqu'il adopte la théorie de l'imprévision), sa décision ne peut aucunement être inspirée par la « volonté commune » : elle est inexistante. Tout au contraire, il doit reconnaître qu'elle était commandée par tout autre chose.

Section 0

CRISES ÉCONOMIQUES ET MONÉTAIRES

Les principes fondamentaux du Code civil et, précisément, son article 1134, ont pour base, comme nous l'avons déjà dit, un état de stabilité universelle, présumée durable à tout jamais. Il est vrai d'ailleurs que cet état n'exclut pas une lente transformation et des variations légères, mais il est étranger à toute perturbation imprévisible et de nature à bouleverser la vie sociale.

1) En Droit romain également la liberté contractuelle à l'égard des donations était sensiblement limitée. Ainsi, la loi *Cincia* (plébiscite voté en 550) prohibait les cadeaux faits aux avocats (sanction : action pénale, pouvant monter au quadruple) ; défendait de faire des donations au-delà d'un certain taux, d'ailleurs inconnu : *ultra modum*. La loi *Calpurnia* (de l'année 605/ 149), applicable aux magistrats, interdisait à ces derniers de recevoir des donations de leurs administrés. Au Bas Empire, les donations entre époux ont été interdites. En 316, l'empereur Constantin soumit les donations à des conditions assez compliquées. Elles ne sont devenues libres que sous Justinien (Constitution de 531). — Cons. : GIRARD (Paul-Frédéric), *Manuel élémentaire de Droit romain*, VIII^e éd., revue et mise à jour par Félix Senn, Paris 1929, p. 993 et suiv. ; — GIFFARD (A.-E.), *Précis de Droit romain*, t. II, Paris 1938, p. 139 et suiv., n^{os} 215-223.

2) Voir *supra*, p. 264-266.

Cette supposition des rédacteurs du Code, s'est-elle révélée exacte ? L'histoire du 19^e siècle et celle du commencement du siècle actuel nous apprennent que non : cette idée a subi des échecs considérables sur tous les plans auxquels elle se rapportait : sur le plan politique comme sur le plan monétaire, économique ou social.

Le premier consul Bonaparte, devenu, à la suite de ses célèbres campagnes en Italie, en Autriche, en Allemagne et en Egypte, l'empereur Napoléon I^{er}, songeait à rétablir la paix, dont la France avait, après quinze ans de troubles civils et de guerre étrangère, un besoin pressant, mais une paix éternelle, sous le règne de la Raison et des idées égalitaires de la Révolution, paix qui ne pouvait être assurée qu'après la conquête de toute l'Europe et du Monde entier. Cependant, son rêve s'écroula lamentablement après la Campagne de Russie, les défaites de Leipzig et de Waterloo. Une paix durable ne fut jamais rétablie. La guerre d'Espagne (1823), la bataille navale de Navarin (1827), sous Charles X, la guerre de Crimée contre la Russie (1854-1856), l'intervention en Italie (1859), l'expédition au Mexique (1862) et la guerre contre l'Allemagne (1870), sous Napoléon III ; enfin la guerre mondiale de 1914-18, sous la III^e République, — engageaient la France dans une lutte internationale continuelle.

Dans la politique intérieure, la France eut trois révolutions importantes : celle de Juillet 1830, dite Révolution libérale ; celle de Février 1848, dite Révolution sociale, qui fonda la II^e République et établit le suffrage universel ; et celle de Septembre 1870, qui fonda la III^e République, à la suite de la défaite de l'Armée française à Sedan.

Quant à la politique monétaire, elle n'avait nullement tendance à assurer la stabilité du franc et à respecter la loi de Germinal. Contrairement à celle-ci, l'Etat a décrété depuis la Révolution jusqu'à la guerre de 1914-18 inclusivement, trois fois le *cours forcé* des billets de banque :

1^o Après la révolution de 1848 par décret du 15 mars 1848 ; il a duré jusqu'à la loi du 6 août 1850, qui y a mis fin ;

2^o Lors de la guerre de 1870, il a été établi par la loi du 12 avril 1870 et s'est prolongé jusqu'à la fin de 1877 ;

3^o Enfin, l'article 3 de la loi du 5 août 1914 a de nou-

veau dispensé la Banque de France de rembourser ses billets en numéraire.

Heureusement, ces mesures monétaires n'ont jamais atteint dans leurs conséquences le niveau de la douloureuse expérience des assignats. Pourtant, elles se sont compliquées, d'une manière inévitable, d'*inflation* et de dépréciation du papier-monnaie à l'intérieur et à l'extérieur du pays, se traduisant par une augmentation toujours croissante du coût de la vie. Les crises auxquelles elles ont été destinées à faire face, sont trouvées par là aggravées d'avantage.

Des crises économiques particulièrement graves ont sévi également en France à plusieurs reprises. Elles ont été la conséquence soit des contradictions entre les modes de répartition de l'Economie libérale, soit des événements de l'extérieur : les guerres étrangères. La première à rappeler a été celle résultant de la révolution de 1848 qui provoqua de nombreuses faillites et déconfitures ; afin d'y remédier, le gouvernement fut obligé de décider un moratoire des paiements. C'est la première fois que ce palliatif fut pratiqué ; il sera repris pendant la guerre de 1870 au profit des locataires du département de la Seine et au début de la guerre mondiale pour toutes sortes de dettes.

La guerre franco-prussienne de 1870 se termina au détriment de la France : plusieurs départements furent envahis et Paris assiégé. Interruption des lignes de transport, raréfaction des marchandises, hausse des cours, abandon des foyers, pillage des magasins, réquisitions par les autorités militaires... ont eu leurs répercussions sur l'économie des contrats. Les décisions de la jurisprudence de l'époque nous en fournissent de nombreux exemples : le ralentissement du travail et la diminution des affaires de certaines maisons et l'excédent du personnel, surtout féminin, qu'on devait payer comme en temps ordinaire (1) ; la diminution des bénéfices des locataires commerçants tenus de l'intégralité de leurs loyers (2) ; la privation de jouissance des lieux

1) Paris, 2 décembre 1871, D. P. 1872.5.307 ; — Rouen, 19 mai 1871, D. P. 1872.2.179.

2) Paris, 26 mars 1872, D. P. 1872.2.188 ; — Req., 21 janvier 1874, D. P. 1874.1.170.

lonés subie par des personnes ayant été amenées par les circonstances de la guerre à quitter Paris et la zone envahie, et se trouvant devant l'obligation de payer la totalité de leurs loyers (1) ; la hausse exceptionnelle des prix des animaux par suite de la dépréciation de la monnaie et de la réquisition pour les besoins de l'armée alors que les propriétaires de cheptel étaient tenus d'accepter de leurs fermiers, à la sortie du bail, la valeur du bétail, estimée à l'entrée (2) ; la difficulté d'effectuer la livraison de marchandises raréfiées ou devenues trop chères dans les contrats de vente à livrer et dans les marchés à terme (3) ; etc., etc.

Quelles qu'aient été les conséquences de la guerre de 1870 sur la situation économique du pays et, particulièrement, sur celle des contrats, elles ne sont point comparables à celles de la guerre de 1914-18. L'extrême gravité de la guerre mondiale est venue surtout de sa très longue durée et, en outre, de son caractère total. La guerre de 1870 n'avait duré que six mois ; la guerre de 1914-18 s'est prolongée plus de quatre ans. La guerre de 1870 n'avait pas engagé le pays entier dans le combat. La mobilisation n'avait même pas été générale. Elle n'avait englobé que les hommes relativement peu avancés en âge. Quant aux éléments non encore instruits, on ne les avait rappelés que dans les derniers mois des hostilités. En 1914, la mobilisation a été générale et totale ; on a mobilisé tous les hommes valides jusqu'à l'approche de la cinquantaine ; on a pris même les dispensés, les exemptés et les réformés, soit dans le service armé, soit dans les différents services auxiliaires. Les femmes également, ont dû travailler dans les usines de guerre ou les bureaux et ont participé ainsi directement à l'œuvre de la Défense nationale. Le manque de main-d'œuvre s'est fait bientôt sentir dans l'industrie et la hausse générale des salaires a suivi. La production a subi un ralentisse-

1) Orléans, 14 juillet 1871, Rep. Dalloz, Suppl. V^e Louage, n^o 175 ; — Paris, 23 août 1873, D. P. 1874.2.160.

2) Lyon, 11 juin 1874, D. Suppl. au Rép., V^e Louage à cheptel, n^o 14.

3) Trib. com. Seine, 7 décembre 1870, D. P. 1870.3.116 ; — Paris, 25 janvier 1872, Bulletin des arrêts de la Cour de Paris 1872, p. 119 ; — Cass. Req., 19 novembre 1872, S. 1873.1.434 ; — Trib. com. Rouen, 25 mars 1871, D. P. 1871.3.54 ; — Cass. civ., 24 mars 1874, S. 1874.1.429.

ment sensible et parfois un arrêt complet. Même dans la campagne le travail des femmes, des enfants et des vieillards n'a pas suffi pour répondre à tous les besoins du pays en produits agricoles. Le résultat des récoltes diminuait d'année en année (1).

Cette crise dans la production s'accroît davantage par le fait de la transformation de beaucoup d'usines en usines de guerre, travaillant pour la Défense nationale, et de l'insuffisance des matières premières. Celles-ci ont manqué peu à peu d'une manière sensible, et cela pour plusieurs raisons : tout d'abord l'envahissement, par l'ennemi, de dix départements où l'industrie était particulièrement développée, a provoqué la raréfaction d'un certain nombre de matières premières (houille, fer) et de produits manufacturés (tels que les tissus). D'autre part, les importations de l'étranger ont été très réduites ou rendues impossibles par le fait du blocus maritime et de l'emploi des sous-marins (le prix du frêt a été augmenté). Ajoutons à cela les difficultés de circulation à l'intérieur du pays : les chemins de fer et les voies fluviales ont été presque exclusivement réservés aux convois de troupes et au ravitaillement. 56.000 wagons ont été capturés par l'ennemi. Un grand nombre d'automobiles, de chevaux et de voitures ont été réquisitionnés. Les navires de commerce également ; les matelots mobilisés sur les vaisseaux de guerre. Enfin, les réquisitions des marchandises pour l'armée ont été une cause de plus de leur raréfaction. Rien que pour les produits agricoles, elles ont porté sur une valeur d'un milliard de francs (2).

En face de cette crise dans la production, la consommation a augmenté sous la plupart de ses aspects. Les stocks disponibles et les ressources ont été épuisés, alors que les besoins des armées étaient immenses. Résultat : la hausse de tous les prix dans des proportions inouïes (3). L'inflation fiduciaire qui dépassa toutes les prévisions y contribua pour sa part. En 1914, il n'y avait en circulation

1) Voir le *Journal Officiel* du 21 juillet 1920 qui donne les chiffres exacts sur les résultats des récoltes de blé en France depuis 1914 jusqu'en 1919.

2) Chiffre donné par l'Association Nationale d'Expansion Economique dans sa brochure publiée en 1917 sur la Question des Réquisitions.

3) Voir notre tableau des prix, *supra*, p. 139.

que 6 milliards 800 millions de billets de la Banque de France ; en septembre 1920 la limite d'émission était portée à 41 milliards.

Les décrets de moratoires (en diverses matières) ont créé une situation instable pour le crédit, et ont, surtout dans les premiers mois, beaucoup gêné les affaires commerciales.

Ce malaise économique s'est prolongé au delà de la cessation des hostilités. La démobilisation a augmenté subitement les besoins de la consommation, alors que la production est restée encore longtemps stationnaire. La reprise de la vie normale a exigé un temps assez considérable, surtout dans les départements libérés de l'invasion ennemie. Cet état n'a disparu qu'à la fin du premier semestre 1920 ; il dura donc encore 2 ans après l'armistice (1).

Par ses conséquences désastreuses sur la vie économique de la France, comme de tous les autres pays (belligérants ou neutres), par sa durée prolongée, par le nombre de nations, qui y prirent part, la guerre mondiale a eu le caractère d'un véritable cataclysme. M. David Lloyd George, premier ministre britannique du « Cabinet de coalition » de 1916 à 1922, l'a dit en termes saisissants : « Un trait de cette guerre lui donne un caractère unique parmi les guerres innombrables de l'histoire : c'est un siège où des nations entières sont assiégées » (2). De son côté, Aristide Briand, président du Conseil des Ministres, parlant des effets financiers de la guerre, disait dans son discours fait à Saint-Nazaire le 9 octobre 1921 : « Mais là encore quel désarroi des esprits dans le Monde ! Une telle perturbation de quatre ans devait entraîner dans les changes de tous les pays un trouble auquel aucun financier n'aurait pu croire » (3).

Dans de telles circonstances, il n'est pas étonnant que tous les contrats, conclus avant la guerre et venant à

1) Cons. : RENARD (G.), *Les répercussions économiques de la guerre actuelle sur la France*, Paris, 1917 ; — DU MÊME AUTEUR, *La vie chère*, Paris, 1921.

2) Discours à la Chambre des Communes, 4 novembre 1917, cité par M. GUEULLETTE (J.-E.), *Des effets juridiques de la guerre sur les contrats*, thèse, Paris, 1918, p. 10 ; et par M. BRUZIN, thèse citée, p. 43.

3) Voir : Journal *Le Temps* du 10 octobre 1921.

échéance à un moment quelconque pendant la guerre, aient été « gangrenés » par l'imprévision !

Sur le plan social, la stabilité n'a pas davantage été maintenue. La naissance de la classe ouvrière et sa lutte pour l'existence qui a commencé au milieu du 19^e siècle en ont été la cause. De nombreuses mesures législatives eurent lieu à l'effet de protéger les ouvriers contre les patrons devenus trop puissants (repos hebdomadaire ; minimum de salaires, etc.) (1). Cette intervention de l'Etat en faveur des travailleurs eut pour conséquence l'augmentation des frais de production. Et comme elle survint assez subitement, elle était de nature à surprendre les producteurs et à rendre difficile l'exécution de leurs marchés passés à une époque où les frais étaient moindres. La situation a été la même que lorsque la première grève a éclaté. Cette pression collective sur le patron en vue d'améliorer les conditions de travail était jusqu'alors inconnue. Celui-ci n'était donc pas en mesure de s'assurer dans ses marchés antérieurs contre une telle surprise.

Le 19^e siècle est un siècle de prospérité technique. Il est rempli d'inventions scientifiques et son grand mérite a été de les appliquer et d'éprouver leur utilité pratique. La libre concurrence a permis leur perfectionnement constant, comme elle était le stimulant des inventions nouvelles. L'industrie en a beaucoup profité. Les modes de production se sont améliorés et sont devenus de plus en plus rapides, précis, rationalisés. Cependant, l'application de nouveaux procédés qui sortaient presque quotidiennement des laboratoires et des ateliers d'ingénieurs-techniciens exigeait des sacrifices : élimination d'anciennes machines, installation de nouvelles, pertes et frais. Les grandes entreprises disposant des capitaux nécessaires les supportaient assez facilement ; elles en tiraient même des bénéfices considérables, en produisant plus rapidement et en fournissant de meilleurs produits. Mais les petites et les médiocres, lorsqu'elles ne parvenaient pas à s'organiser et à s'associer, succombaient très souvent dans la lutte. Il était même des cas où toute une branche de l'activité devait s'arrêter devant une nouvelle invention, dont la mise en œuvre prati-

1) Voir : *supra*, p. 67.

que la rendait inutile. Exemple : la liquidation des messageries-diligence par suite de la construction de nombreuses lignes de chemin de fer qui commença sous Louis-Philippe et continua, en se multipliant, sous le Second Empire. Les compagnies de diligence, ne pouvant pas concurrencer les chemins de fer, furent obligées d'arrêter leur activité. L'exécution d'un grand nombre de contrats de transport, conclus entre elles et les particuliers, se trouva par là entravée.

Que conclure de cet enseignement de l'histoire qui vient d'être esquissé ? Une chose : les principes du Code civil et son article 1134, fondés sur une présomption de stabilité et de vie économique relativement normale, ne devraient pas s'appliquer à des situations où cette présomption est nettement opposée aux faits et est complètement renversée par la preuve contraire, c'est-à-dire à des situations qui ouvrent, d'une manière inattendue et que rien ne laissait prévoir, une période d'instabilité et d'incertitude sur tous les points de l'activité humaine. Pourquoi ? Parce que les principes et les préceptes du Code Napoléon n'embrassent ni expressément ni tacitement les situations imposant l'application de la théorie de l'imprévision. Parce qu'ils n'en donnent aucune solution ni pour ni contre cette institution juridique. Parce qu'ils présupposent que l'avenir sur lequel ils ont statué aura un aspect déterminé et toujours le même, aspect qui exclut d'avance la nécessité d'une théorie de l'imprévision. Parce que le législateur de 1804 s'est trompé dans ses calculs. Parce que, vu le nouvel état de choses, le cadre du Code civil se trouve dépassé.

Par conséquent, lorsqu'il s'agit d'un cas d'imprévision, nous sommes en présence d'un problème tout à fait nouveau (nouveau par rapport au Code civil), dont la solution doit être cherchée ailleurs et en dehors des textes du Code. En l'absence d'une loi spéciale à ce sujet, c'est à la jurisprudence de trouver cette solution en sa qualité d'organe créateur de règles juridiques nouvelles. A-t-elle rempli son devoir et comment l'a-t-elle rempli ? — Cette question va être abordée dans le chapitre suivant.

CHAPITRE II

TITRE PREMIER

Section A

JURISPRUDENCE DE LA COUR DE CASSATION ET THÉORIE DE L'IMPRÉVISION

Tandis qu'en d'autres matières, la jurisprudence de la Cour suprême était parfois si hardie, quoique sous une forme de nature à dissimuler son œuvre novatrice (théorie de l'abus des droits, de la suspension, de l'enrichissement sans cause, etc.), lorsqu'il s'est agi d'introduire la théorie de l'imprévision dans le système du Droit civil positif, elle est restée fidèlement attachée aux principes du Code civil et s'est montrée constamment hostile à la nouvelle théorie.

Voici quelques affaires, parmi les plus souvent citées, qui illustrent l'attitude obstinée de la Haute juridiction civile :

1° *Affaire des compagnies d'assurance contre les risques du tirage au sort.* — Il s'agissait de contrats passés entre les jeunes gens de la classe 1853 et les compagnies d'assurance contre les risques du tirage au sort. Comme le service militaire n'était pas encore obligatoire, pour désigner les jeunes gens qui devaient faire leur service militaire, on pratiquait le système du tirage au sort. Les jeunes gens ainsi désignés, désireux d'éviter l'éloignement de leurs foyers pendant la période du service militaire en raison de leurs affaires ou de leurs commodités, avaient le droit de se faire remplacer par d'autres, moyennant une somme d'argent. Ce système fit apparaître des agences spéciales qui se chargeaient de procurer un remplaçant à celui que le sort avait désigné pour faire son service militaire, touchant pour cela une prime donnée. Comme parmi les assurés, il n'y avait qu'un pourcentage, calculé d'avance par les compagnies, qui pouvait être appelé à chaque occa-

sion, il leur restait, pour le surplus, une marge de profit. Ce calcul était toujours basé sur le contingent d'hommes qui, d'après la loi en vigueur, devait être désigné chaque année. Or, d'après la loi du 23 avril 1853, et le décret impérial du 13 novembre de la même année, ce contingent fut fixé à 80.000 hommes. Il est évident que les compagnies avaient déterminé le montant des primes à payer, ainsi que toutes les conditions de l'assurance en vue de cet état de choses.

Cependant, quelques mois plus tard, en raison de l'approche de la guerre de Crimée, la loi du 13 avril 1854 vint élever le contingent de 80.000 à 140.000 hommes.

Les compagnies furent mises par là dans une situation fort embarrassante. Les bases du calcul des primes étaient complètement renversées : le nombre des assurés appelés sous les drapeaux était beaucoup plus grand que les compagnies ne s'y attendaient ; si leurs contrats continuaient à les lier vis-à-vis des assurés, malgré le fait imprévu constitué par la loi nouvelle, elles étaient obligées de trouver un nombre de remplaçants dépassant toutes leurs prévisions et de verser à leur détriment des sommes de beaucoup supérieures à celles qu'elles avaient envisagées dans leurs combinaisons de gain et de perte. Pour éviter ce déficit imminent, les compagnies soutinrent que ces contrats devaient, en raison de l'imprévision, être résolus et qu'elles devaient être déliées de leurs obligations.

La plupart des tribunaux et Cours d'appel, auxquels elles s'adressèrent, soucieux de sauvegarder l'équité, n'hésitèrent pas à prononcer la résolution de ces contrats, soit en assimilant l'imprévision à la force majeure (1), soit en admettant les effets juridiques directs de l'imprévision (2). D'autres, constatant expressément l'absence de force majeure, maintinrent les contrats et repoussèrent la thèse des compagnies (3). Voici, par exemple, le raisonnement de la

1) Douai, 3 mai 1854, D. P. 1854.2.130 ; — Grenoble, 18 août 1854, D. P. 1855.2.78 ; — Poitiers, 8 mars 1855, D. P. 1856.1.101.

2) Paris, 26 mai 1854, 3 arrêts, D. P. 1854.2.129 ; — Rouen, 3 juin 1854, D. P. 1854.2.129 ; — Rennes, 12 juin 1854, 2 arrêts, D. P. 1854.2.129.

3) Orléans, 24 mai 1854, D. P. 1854.2.132 ; — Orléans, 5 juillet 1854, D. P. 1856.1.41.

Cour de Paris, dans trois espèces analogues jugées le même jour, appartenant au premier groupe :

« Attendu que dans le cas où, après la formation des contrats, une loi nouvelle substitue au contingent réglé conformément à la législation existante, un contingent exceptionnel, les bases de la convention sont complètement changées ; qu'en détruisant la proportion jusqu'alors établie entre le nombre de jeunes gens soumis au tirage et le nombre de ceux que réclame le contingent, la loi de 1854 a fait à l'assureur une situation hors de toute prévision, qui rend non seulement impossibles les combinaisons de gain et de perte, sur lesquelles est fondée l'industrie des assureurs, mais encore aggrave sans mesure le risque dont l'appréciation avait servi à déterminer le prix de remplacement.

« Attendu que les parties n'ont eu en vue que les risques attachés à la mobilisation d'un contingent de 80.000 hommes ; qu'ainsi la loi du 13 avril 1854 a eu pour conséquence de résoudre les assurances contractées avant sa promulgation et que ces contrats ne peuvent plus être opposés aux assureurs... Pour ces motifs, la Cour déclare résolu le contrat sus-visé » (1).

La Cour de cassation, saisie pour la première fois de la question le 9 janvier 1856, relativement à neuf arrêts de Cours d'appel qui lui avaient été déférés, adopta une position nettement opposée à la thèse des compagnies et des Cours d'appel. Elle cassa sans difficulté les arrêts ayant invoqué l'argument tiré de la force majeure, parce qu'il n'y avait pas impossibilité d'exécution à l'égard des contrats en cause. Quant à ceux qui se basaient sur l'imprévision, elle s'attacha, pour les déclarer mal-fondés, à la nature aléatoire des contrats d'assurance. « Il n'est fait au contrat — dit la Cour suprême dans ses attendus — aucune mention du contingent de 80.000 hommes, le contrat d'assurance embrasse tous les risques inhérents à l'objet de la convention ;... si le débiteur avait voulu restreindre ses risques, il devait le stipuler par une clause expresse, acceptée par le créancier et incorporée au contrat... Induire une restriction à l'étendue de son engagement de telle ou telle circonstance sur laquelle la conven-

1) Paris, 26 mai 1854, 3 arrêts, précité.

tion ne s'est pas expliquée, ce serait substituer une convention supposée à la convention exprimée par les contractants. La possibilité d'une augmentation du contingent en cas de guerre correspondait, à l'époque de la convention, à la possibilité d'une réduction dans l'hypothèse encore probable alors d'une solution pacifique. C'étaient là des chances opposées, qui avaient pu entrer dans les calculs et les prévisions des parties et qui d'ailleurs se rattachaient à l'objet même de la convention. En conséquence, le contrat doit être exécuté » (1).

2° *Affaire du canal de Craponne.* — Par un acte du 22 juin 1567, le célèbre ingénieur Adam de Craponne s'était engagé à construire et à entretenir un canal destiné à arroser les propriétés des habitants de Pélissanne, moyennant une certaine somme payable en trois années. En outre, il était spécifié dans le dit acte « que pour chaque fois que les dits particuliers arroseront leurs propriétés, ils payeront au dit Adam de Craponne ou à ses hoirs trois sous pour chaque arrosage, payables à chaque arrosage, incontinent et ainsi perpétuellement ». Cependant, en 1778 il était signalé au Roi dans un rapport officiel que la cotisation fixée à trois sous par carteirade plus de deux siècles auparavant, était devenue tout à fait insuffisante et ne permettait plus aux propriétaires du canal de l'entretenir. La situation devint plus grave encore au cours du 19^e siècle, et en 1834 le marquis de G..., propriétaire du canal, sollicitait du Tribunal d'Aix le relèvement de la cotisation au chiffre de 60 centimes par carteirade. Le 18 mars 1841, le tribunal faisait droit à sa demande. Appel ayant été formé par la commune et les habitants de Pélissanne, la Cour d'Aix, après plusieurs arrêts rendus sur des questions accessoires, admettait le 31 décembre 1873, le principe de l'augmentation. Voici son argumentation : « Attendu que si les conventions légalement formées tiennent lieu de lois aux parties et si elles ne peuvent être modifiées que du consentement commun, il n'en est pas de même pour les contrats qui ont un caractère successif ; qu'il est reconnu en droit que les contrats,

1) Cass. civ., 9 janvier 1856. — 9 arrêts, D. P. 1856.1.33. — Dans le même sens : Cass. civ., 11 mars 1856, D. P. 1856.1.100 ; — Cass. civ., 2 avril 1856, D. P. 1856.1.100 ; — Cass. civ., 7 mars 1859, D. P. 1859.1.109.

qui reposent sur une redevance périodique, peuvent être modifiés par la justice, lorsqu'il n'existe plus une corrélation équitable entre les redevances d'une part et les charges de l'autre ; que... dans l'espèce... la loi primitive du contrat est rompue et qu'il appartient aux tribunaux de rétablir l'égalité primitive ». En conséquence, la Cour élève la cotisation à 30 centimes par carteirade pour la période de 1834 à 1874 et à 60 centimes à partir de cette dernière date (1).

La Cour de cassation, saisie du pourvoi formé contre cette décision de la Cour d'Aix, rejeta le point de vue de cette dernière, en se prononçant contre toute augmentation, conformément à l'art. 1134 du Code civil. « Attendu que la règle qu'il consacre (le dit article) — affirmait la Cour suprême — est générale, absolue, et régit les contrats dont l'exécution s'étend à des époques successives de même que ceux de toute autre nature ; que dans aucun cas il n'appartient aux Tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants... » (2).

Ainsi, la Cour de cassation, pour conserver intact le principe du respect des engagements, sans se donner la peine d'approfondir sa véritable signification et son étendue, imposa au propriétaire du canal le devoir d'assurer l'arrosage à ses concitoyens d'une manière, pour ainsi dire, gratuite, en le rendant philanthrope, malgré lui !

3° *Affaire des ateliers de couture*. — Le sieur Estève était, en 1914, employé comme coupeur, aux appointements de 350 frs par mois, chez les sieurs Dubois et Lacoste, tailleurs à Toulouse. Il était notoire que cet atelier exerçait un commerce de luxe, ayant affaire à une clientèle très aisée, appartenant au milieu de la haute bourgeoisie. Comme, du fait de la guerre, cette clientèle s'était dispersée, les commandes adressées à la dite maison de couture avaient considérablement diminué au point d'entraver sensiblement

1) Aix, 31 décembre 1873, D. P. 1876.1.193 ; S. 1876.1.161.

2) Chambre civile, 6 mars 1876, D. P. 1876.1.193, et la note de M. GIBOULOT ; S. 1876.1.161.

l'exercice de son activité et de rendre, en conséquence, inutiles les concours dont elle s'était entourée. Ne pouvant plus fournir au sieur Estève le travail habituel qui constituait la contre-partie de la rémunération qui lui était donnée, ses employeurs lui proposèrent de suspendre leurs engagements à son égard. Le sieur Estève refusa cette proposition et réclama, au contraire, le paiement de ses appointements du 1^{er} septembre 1914 au 30 juin 1915, soit la somme de 3.500 frs, en soutenant qu'un événement tel que la guerre, s'il rend l'exécution des obligations plus difficile ou plus onéreuse, ne peut jouer le rôle d'un cas de force majeure, entraînant la résiliation ou même seulement la suspension des engagements contractés.

Le Tribunal de commerce de Toulouse, devant lequel fut porté le litige, adopta la thèse des patrons, c'est-à-dire celle de l'imprévision, et déclara mal fondées les allégations du sieur Estève. Le jugement fut rendu le 1^{er} juin 1915. Voici ses attendus :

« Les considérations d'équité ne permettent pas d'admettre la thèse du demandeur Estève, dont la consécration entraînerait dans les circonstances actuelles la ruine de certaines exploitations commerciales et industrielles ; si, en effet, les engagements contractés doivent être exécutés conformément aux termes de la convention, il faut nécessairement que cette exécution puisse s'opérer dans les circonstances courantes et habituelles inhérentes à la vie économique normale, telle qu'elle se déroulait au moment des accords ; l'état de guerre actuel a troublé profondément la vie économique du pays et créé dans le commerce et l'industrie des situations critiques et difficiles qui ne permettent pas d'obliger ceux qui en sont victimes, à remplir des engagements ruineux ; ce sentiment d'équité domine dans les mesures prises à l'occasion de la guerre sous forme de décrets au profit de diverses catégories de débiteurs ; cette situation fâcheuse, engendrée par un événement inconnu jusqu'à ce jour au point de vue des conséquences économiques résultant du désarroi et du chômage qu'il a fait naître dans certaines branches commerciales par la durée et le nombre considérable d'hommes qu'il nécessite, aurait dû rendre suspensifs les engagements réciproques des parties

en cause ou faire naître entre elles de nouveaux accords à titre temporaire » (1).

La Cour de cassation n'eût pas à statuer sur le bien fondé de cet arrêt, faute de pourvoi formé contre lui. Mais elle eut l'occasion de se prononcer deux mois plus tard, le 4 août 1915, à propos d'une sentence analogue, rendue par le Conseil de Prud'hommes, le 5 février 1915 et confirmé, sur appel, par le Tribunal de la Seine, le 4 mai 1915. — Dans cette seconde affaire, il s'agissait de la demoiselle M... qui était, en vertu d'un contrat de louage de services à durée indéterminée, employée depuis plusieurs années par la maison A... de Paris, en qualité de première couturière, aux appointements de 900 frs par mois. A la suite de la mobilisation, le 3 août 1914, la maison fut fermée. Elle fut rouverte au mois d'octobre suivant. A cette époque, un certain nombre d'anciens ouvriers y reprirent leur travail, excepté la demoiselle M..., qui ne fut pas réintégrée, malgré ses démarches. Le 6 janvier 1915 seulement, la directrice de la maison A... lui fit connaître « qu'il ne lui était pas permis de répondre à ses exigences et que la maison ne pouvait payer des appointements aussi élevés ». Considérant cette lettre comme un congédiement, la demoiselle M... réclama l'indemnité de délai-congé en usage dans la profession. Le Conseil de Prud'hommes et le Tribunal de la Seine firent droit à sa demande. La maison A... se pourvut en cassation et la Chambre civile rejeta le pourvoi, en s'en tenant aux principes classiques en matière de force majeure. Elle déclara notamment ceci :

« Attendu que le jugement attaqué déclare à bon droit que le cas de force majeure s'entend des événements qui rendent l'exécution de l'obligation impossible, mais non de ceux qui la rendent seulement plus onéreuse ; que par suite la société demanderesse était reconnue mal fondée à se prévaloir de l'article 1148 du Code civil, puisque les juges du fait ont constaté souverainement qu'il n'y avait pas impossibilité pour elle d'exécuter le contrat ; attendu, il est vrai, que celui-ci ayant été fait sans détermination de durée, il était loisible à la maison A... de le résilier conformément à l'article 1780 du Code civil, et que, par une

1) Trib. com. Toulouse, 1^{er} juin 1915, D. P. 1916.2.112 ; S. 1916.2.29.

appréciation souveraine des faits de la cause, le Tribunal de la Seine a estimé que la lettre adressée le 6 janvier 1915 à la demoiselle M... équivalait à un congédiement pur et simple ; mais que si, aux termes du dit article, les contrats de cette nature peuvent toujours prendre fin par la volonté d'une des parties contractantes, leur résiliation est susceptible de donner ouverture à des dommages-intérêts, lorsqu'elle constitue, de la part de celui qui l'impose, un abus du droit préjudiciable à celui qui la subit ; qu'en constatant souverainement que la maison A... avait abusivement congédié la demoiselle M... sans respecter le préavis d'usage et en la condamnant à payer à celle-ci un mois d'appointements à titre de délai-congé, le jugement attaqué, loin d'avoir violé les textes invoqués par le pourvoi, en a fait une exacte application » (1).

Cet arrêt est d'autant plus remarquable qu'il a eu un très grand retentissement dans la jurisprudence postérieure des tribunaux civils, des tribunaux de commerce et des Cours d'appel (2).

4^e *Affaire des baux à cheptel de fer.* — C'est une matière qui a suscité au cours et depuis la guerre de 1914-18 de très vives discussions doctrinales, ainsi que des solutions fort variables de la part de la juridiction inférieure. Elles se basent presque toutes sur les diverses manières d'entendre les textes du Code civil qui en parlent, les unes étant pour, les autres contre la théorie de l'imprévision.

D'après la définition qu'en donne l'article 1821 du Code civil, le contrat de bail à cheptel de fer « est celui par lequel le propriétaire d'une métairie la donne à ferme, à la charge qu'à l'expiration du bail, le fermier laissera des bestiaux d'une valeur égale au prix de l'estimation de ceux qu'il aura reçus ». Lorsqu'il y a estimation en argent, ce qui est en pratique le cas le plus fréquent, l'article 1822

1) Cass. civ., 4 août 1915, D. P. 1916.1.22 ; S. 1916.1.17.

2) Trib. civ. de la Seine, 10 décembre 1915, Gaz. Trib., 13 février 1916 ; — Trib. com. Seine, 15 février 1916, Gaz. Pál. 17 avril 1916 ; — Trib. civ. Seine, 25 janvier 1916, Gaz. Trib. 11 juin 1916 ; — Paris, 16 octobre 1916, Gaz. Trib. 15 janvier 1917 ; — Trib. civ. Seine, 5 janvier 1917, Gaz. Trib. 18 janvier 1917.

précise que l'estimation ne transfère pas la propriété des animaux au fermier. Tous les risques, même ceux qui proviennent d'un cas fortuit, sont à la charge de ce dernier, s'il n'y a convention contraire (art. 1823). Par exception, le fumier appartient à la métairie (art. 1824). « A la fin du bail, le fermier ne peut retenir le cheptel en en payant l'estimation originaire ; il doit en laisser un de valeur pareille à celui qu'il a reçu. S'il y a du déficit, il doit le payer ; et c'est seulement l'excédent qui lui appartient » (art. 1826).

Le nom de cette variété de cheptel (1) — *cheptel de fer* — s'explique soit par la condition très dure faite au fermier, soit par l'attache permanente qu'elle établit entre le sol et les animaux qui y sont considérés comme immeubles par destination indispensables à la conservation de l'exploitation rurale. Cette attache est établie notamment par l'art. 1826, al. 1^{er}, précité, aux termes duquel : « A la fin du bail, le fermier ne peut retenir le cheptel en en payant l'estimation originaire ; il doit en laisser un de valeur pareille à celui qu'il a reçu », et surtout, plus nettement encore, par l'art. 522 qui dit : « Les animaux que le propriétaire du fonds livre au fermier ou au métayer pour la culture, estimés ou non, sont censés immeubles tant qu'ils demeurent attachés au fonds par l'effet de la convention ». Ce n'est d'ailleurs que la consécration des règles traditionnelles venues de l'Ancien droit français. Ainsi, par exemple, BEAUMANOIR disait ceci : « Bestes de fer, pour che que eles ne peuvent mourir à leurs seigneurs » (2). Aussi est-ce le sens de l'expression germanique : *Eisern Vieh stirbt nie*.

A la suite de la déclaration de la guerre de 1914-18 survint une hausse imprévue des prix des animaux, hausse que la France avait déjà connue en 1870, mais dans des proportions bien moindres. En conséquence, tous les contrats de bail à cheptel de fer, prenant fin pendant la guerre ou peu après la cessation des hostilités, furent infectés par l'impré-

1) Il est encore : le cheptel simple (art. 1804 et suiv.), le cheptel à moitié (art. 1818 et suiv.), le cheptel donné au colon partiaire (art. 1827 et suiv. du C. civ.) ; chacun est soumis à une réglementation spéciale.

2) BEAUMANOIR, *Coutumes de Beauvoisis*, chap. 68, éd. Salmon, t. II, p. 477. — Sur l'historique de la question, cons. : Fr. HUBERT, note S. 1921.2.114, col. 2 à 117, col. 1.

vision. Les propriétaires qui avaient loué leur bétail dans la période d'avant-guerre, sous régime du Code civil, étaient menacés d'être presque expropriés par leurs fermiers : ceux-ci n'étant obligés de leur rendre, à la sortie du bail, que la valeur du bétail estimé à l'entrée, valeur bien inférieure à la valeur actuelle du même nombre de bêtes, de sorte que les propriétaires n'avaient à recevoir qu'une partie de leur bétail, partie qui ne leur suffisait pas pour continuer l'exploitation de leurs fonds. Les prix de 1920 étaient, par exemple, le sextuple, quelquefois le décuple de ceux d'avant-guerre. En supposant un bail conclu avant 1914 et venant à expiration en 1920, le fermier se libérait en restituant au bailleur des animaux sept ou dix fois moins nombreux que ceux qu'il avait reçus. Il s'est trouvé même des cas où l'amplitude du bouleversement de l'économie contractuelle était telle qu'une seule vache valait à elle seule, à l'expiration du bail, plus que l'ensemble du cheptel, lors de sa conclusion (1).

Était-il possible de sauver les propriétaires et d'empêcher l'expropriation, dont ils étaient menacés, au profit de leurs fermiers ? En effet, pour pouvoir assurer l'exploitation future de leurs fonds, ils étaient obligés de les compléter à très grands frais, en subissant des pertes énormes, ou bien, s'ils ne pouvaient pas le faire, faute des capitaux nécessaires, de les céder à leurs fermiers, ceux-ci étant en état de les payer avec le prix des animaux dont un simple hasard avait dépouillé les propriétaires ! Fallait-il admettre ce déplacement monstrueux de fortunes auquel ne s'attendait ni l'une ni l'autre des parties contractantes ?

Les tribunaux et les Cours d'appel ont été très embarrassés, le Code civil prescrivant que le fermier n'est tenu de restituer, à la sortie, qu'un nombre d'animaux de valeur pareille à l'estimation faite à l'entrée, avec l'obligation de payer le déficit, mais aussi le droit de s'approprier l'excédent, s'il y en a (art. 1826, al. 1^{er}). Aussi ont-ils trouvé des procédés ingénieux leur permettant de sauvegarder la fortune des bailleurs gravement menacés.

1) Voir : Trib. civil Orléans, 9 décembre 1920, D. 1920.2.210.

La difficulté n'était pas la même pour toutes les conventions. Pour celles qui écartaient le procédé de l'estimation prévu par les articles 1821 et 1826 du Code civil, en dressant simplement un état descriptif et énumératif du cheptel, il n'y en avait aucune. La question de la plus-value exceptionnelle du bétail, due au fait de la guerre et de ses conséquences, ne pouvait plus se poser, le prix soit à l'entrée soit à la sortie n'intervenant pas comme élément du règlement et le preneur étant tenu, en toutes circonstances, de rendre au propriétaire, soit en nombre soit en qualité, un cheptel équivalent à celui qui lui avait été fourni. De telles conventions se rencontrent assez souvent dans la pratique (1), et elles sont parfaitement valables, car les dispositions du Code civil, auxquelles elles dérogent, ne sont pas d'ordre public. Seules sont impératives les dispositions des art. 1811, 1819, 1828, 4^e al., qui prohibent certaines clauses relatives à la répartition des profits et des pertes, les autres n'étant que supplétives ou déclaratives, ce que l'art. 1803 dit expressément, d'ailleurs. La désignation du nombre ou de la qualité peut revêtir diverses formes : désignation pure et simple, cheptel à la toise, cheptel au poids ou au mètre (2). Il en est de même pour les conventions qui comportent un état à la fois énumératif, descriptif et estimatif. Souvent, il se peut que l'énumération et la description constituent des dispositions essentielles de la convention et que l'estimation ne soit alors qu'une clause de *garantie*, prise par le bailleur pour éviter que le preneur ne se libère pas en rendant un nombre égal d'animaux, mais de valeur bien inférieure ; le preneur est donc tenu, dans ce cas, de laisser en fin de bail un cheptel ayant la même valeur économique que celui qui lui avait été remis à l'entrée. Tout dépend, du reste, de la façon dont la convention est rédigée : si l'état descriptif et énumératif est fait minutieusement et très soigneusement, cela prouve que les parties ont voulu qu'on tienne compte exclusivement du nombre et de la qualité des animaux, en faisant complètement abstraction des variations de cours. Mais, si la description n'est que très sommaire, on

1) Voir, par exemple, Toulouse, 6 juillet 1921, Gaz. Pal. 1922.1.51.

2) Voir : HUGUENEX, note au Sirey, S. 1921.1.193.

doit considérer que la clause comportant l'état estimatif n'a fait qu'adopter la solution du Code, et c'est alors qu'apparaît toute la difficulté. Il en est de même, et à plus forte raison, pour les conventions ne contenant aucun état descriptif et énumératif, en dehors de l'estimation.

Les efforts de la jurisprudence et d'une importante partie de la doctrine animées d'excellentes intentions, ont porté sur l'interprétation des art. 1821 et 1826 du Code civil, et surtout sur celle du mot « excédent », dont parle l'alinéa 2 de ce dernier article (rapproché de l'art. 1823 : « tous les profits » sont au fermier). Au sujet de cet « excédent » ou « plus-value », qui appartient au fermier comme compensation de tous les risques qui sont à sa charge, on a fait une distinction que voici : la plus-value que représente le cheptel dans ces circonstances exceptionnelles est de caractère mixte, c'est-à-dire qu'elle se compose d'une plus-value réelle et effective qui correspond à une augmentation véritable de la puissance du cheptel comme instrument d'exploitation (augmentation physique en nombre, en poids ou en qualité) — valeur *culturale*, et d'une autre, qui est purement factice et monétaire, résultant de la diminution du pouvoir d'achat du franc ou des manœuvres de la spéculation, en l'absence de toute augmentation de richesse — valeur *vénale* ou commerciale. Si l'on se réfère au but de l'institution et à la volonté profonde du législateur, qui est de ne pas permettre que le domaine puisse être dégarni de son bétail et privé de son instrument d'exploitation, on ne doit tenir compte, à l'occasion du règlement du cheptel, que de sa valeur culturale, en négligeant totalement sa valeur vénale. Cette manière de voir est imposée par maintes dispositions du Code civil. Tout d'abord par l'art. 522, qui considère le cheptel comme immeuble par destination ; par l'art. 1826, qui ne permet pas au fermier de laisser, à la sortie, une somme d'argent remplaçant le bétail, mais lui ordonne de laisser le bétail en nature ; par les art. 1805 et 1822, qui décident que l'estimation ne vaut pas vente et que, estimé ou non, le cheptel demeure toujours la propriété du bailleur ; par l'ancien art. 2062, al. 2 (abrogé par la loi du 22 juillet 1867), autorisant l'exercice de la contrainte par corps contre les fermiers et colons partiaires qui ne repré-

sentaient pas en fin de bail le cheptel qui leur avait été confié ; par une jurisprudence constante qui qualifie d'abus de confiance, en le réprimant comme tel, le détournement du cheptel commis par le fermier (1). Enfin, les intérêts de l'agriculture et le progrès social commandent également cette interprétation (2).

La doctrine traditionnelle, respectueuse du sens littéral des textes du Code et hostile en général à la théorie de l'imprévision, n'a attribué au mot « valeur » d'autre signification que celle de valeur vénale. Voici l'argumentation par laquelle elle repousse celle de la doctrine adverse. Du rapprochement des articles 1821 et 1826, il résulte que la loi a envisagé la valeur vénale du cheptel, et non sa puissance comme instrument d'exploitation. Le contrat de bail à cheptel de fer est un contrat aléatoire. Ce caractère ressort des articles du Code qui mettent, d'un côté, tous les risques, même extraordinaires et imprévus, à la charge du fermier, et lui attribuent, de l'autre, par compensation, tous les profits, y compris la plus-value résultant d'une hausse anormale des cours. D'autre part, il n'y a

1) Cass. crim., 23 juillet 1846, S. 1846.1.758 ; — Bourges, 17 décembre 1868, S. 1869.2.150 ; — Cass. crim., 20 août 1880, S. 1881.1.42 ; — Cass. crim., 15 avril 1899, S. 1901.1.105 avec la note de M. Roux ; — Toulouse, 11 janvier 1911, S. 1911.2.120.

2) *Jurisprudence* : Cour de Lyon, 13 février 1835, Rec. de Lyon, t. 13, p. 155 ; — Cour de Riom, 20 avril 1875, cité par M. LESMARIS, *La reprise du Cheptel en fin de bail*, thèse, Paris, 1921, p. 84. — Trib. civ. Auch, 23 juin 1920, S. 1920.2.97 ; — Trib. civ. Saint-Yrieix, 29 décembre 1920, Gaz. Pal. 1921.1.264, réformé Limoges, 24 octobre 1921, Gaz. Pal., 1921.2.552 ; — Trib. civil Oloron, 9 décembre 1920, D. P. 1920.2.105 ; — Trib. civ. Ribérac, 13 janvier 1921, Gaz. Pal. 1921.1.353, réformé Bordeaux, 6 février 1922, Gaz. Pal. 1922.1.342 ; — Trib. civ. Saint-Affrique, 16 mars 1921, Gaz. Pal. 1921.1.458 ; etc.

Doctrine : Notes de M. H. ROUSSEAU, S. 1920.2.97 ; — de M. LALOU, D. P. 1920.2.105 ; — de M. VALERY, Rec. Gaz. Pal. 1921.1.461 ; — Articles de MM. H. et J. HITIER, « Journal l'Extension économique », mars 1921, p. 12 et suiv. — BOSON, *Etude juridique et historique sur la question des cheptels d'avant et d'après-guerre*, Monthuçon, 1911 ; — LESMARIS, *La reprise du cheptel en fin de bail*, thèse citée ; — Note de M. HUBERT, S. 1921.2.113 ; — BRUZIN, thèse précitée, pp. 54-60, 146-167. — BONNECASE (Julien), *Supplément au Traité théorique et pratique de Droit civil de G. Baudry-Lacantinerie*, t. I, 1924, p. 289, n° 158 ; t. III, 1926, p. 629, n° 316.

pas d'antinomie entre la théorie de la valeur vénale et l'art. 522 du Code civil. S'il y a vraiment un déplacement de fortunes, c'est-à-dire que si le propriétaire ne peut pas reprendre l'exploitation de son fonds, en étant obligé de le vendre à son fermier, ce sera donc le fermier qui continuera cette exploitation, et le bétail restera désormais comme auparavant lié au sol. L'intérêt général de l'agriculture ne subira, par là, aucune perte. Tout au contraire, cela peut lui être utile, car c'est un moyen d'éliminer progressivement du monde terrien le propriétaire non-exploitant (1). La théorie de la valeur vénale est appuyée aussi sur la tradition, nettement marquée par la dérogation temporaire qu'y apporta le décret du 15 germinal an III (2) et dont rien n'indique que le législateur de 1804

1) Dans ce sens : la note de M. HUGUENEY au Sirey, précitée.

2) La crise des assignats et la mauvaise foi des preneurs, qui voulaient en profiter, décida le Comité de Salut public à édicter toute une série de mesures en faveur des propriétaires. Ainsi, l'arrêté du 2 thermidor an II, relatif aux métayers (étendu aux fermiers par arrêté du 17 fructidor an II), obligea tous les preneurs à rendre à leur sortie leurs cheptels en nature, même si leur bail leur permettait de se libérer en argent. Quant au calcul de la plus-value, l'art. 3 de ce dernier arrêté établissait un système d'évaluation forfaitaire, en fixant cette plus-value à un tiers en sus de la valeur des bestiaux en 1790. Toutes ces dispositions furent confirmées et précisées par un décret de la Convention Nationale du 15 germinal an III (4 avril 1795), dont les art. 4 et 6 à 9 contenaient les énoncés suivants :

Art. 4 : « Si le bail à cheptel n'offre qu'une énonciation de la somme à laquelle les bestiaux ont été évalués, sans désignation du nombre, d'espèce et qualité, s'il n'existe même aucun écrit à cet égard, en cas de contestation à ce sujet, la quantité, l'espèce et la qualité des bestiaux donnés pourront être déterminées par la voie d'enquête ou par des experts... »

Art. 6 : « Les bestiaux composant le fonds du cheptel ainsi représenté, il en sera fait une estimation sur le prix de 1790 plus un tiers en sus. Si, d'après cette estimation, le fonds du cheptel se trouve être d'une plus grande valeur que quand il a été formé, le profit sera partagé entre le propriétaire et le cheptelier ».

Art. 7 : « La seconde disposition de l'article précédent ne s'applique qu'aux baux à cheptel simple ou ordinaire. A l'égard des baux à cheptel de fer ou de toute autre convention équivalant à ce bail, l'excédent qui pourra résulter de la nouvelle estimation reviendra en totalité au cheptelier ».

Art. 8 : « Dans les articles précédents n'est point compris le croît du cheptel... »

ait voulu se séparer. Au contraire, tout indique qu'il a voulu la conserver, parce que, comme nous le savons, il a cru avoir affaire à une époque de stabilité économique et monétaire et, par conséquent, ne pas avoir besoin de revenir à la législation exceptionnelle de la Révolution, provoquée par la crise des assignats (1). Alors, le fermier a droit à toute plus-value du cheptel, quel que soit son chiffre au moment de la liquidation du bail, car tel est le texte de la loi, à défaut d'une convention contraire (2).

Certains tribunaux, sans se préoccuper de la signification du mot « valeur », c'est-à-dire sans toucher à la conception traditionnelle de celle-ci, eurent recours à une méthode différente, mais qui conduit au même résultat, que la théorie de la valeur culturale. A leur sens, la question de la restitution du cheptel est surtout une question monétaire : la plus-value anormale du cheptel a principa-

Art. 9 : « L'estimation sur le prix de 1790 et un tiers en sus n'est relative qu'aux baux à cheptel faits antérieurement à cette époque. Les bestiaux donnés à cheptel en 1791 et 1792 seront estimés sur le prix qu'ils avaient dans chacune de ces deux années, plus un tiers en sus ; pour ceux donnés en 1793, l'évaluation s'en fera sur le prix de cette même année plus un quart en sus ; et enfin, pour 1794, ils seront évalués sur le prix qu'ils avaient lors de l'estimation, plus un cinquième en sus. »

La hausse disparue, survint une baisse des prix en l'an VI : alors une nouvelle législation intervint pour s'opposer à ce que les propriétaires ne cherchent à leur tour à profiter des circonstances. Pour les baux antérieurs à la dépréciation du papier-monnaie et aussi pour l'avenir, la loi du 2 thermidor an VI consacrait le principe de la remise en nature. Pour les baux postérieurs à 1792, elle prescrivait, à titre transitoire, de ramener les estimations d'entrée à la valeur de la monnaie métallique, mais en offrant à chaque partie la faculté de s'y refuser, pour adopter le procédé de la remise en nature. Dans les deux cas, on ne devait tenir compte d'aucune autre plus ou moins-value que de celle qui résulterait de la différence des qualités. — Cons. : BRUZIN, thèse précitée, p. 163-164, note 4.

1) Dans ce sens : VOIRIN, thèse précitée, p. 273.

2) *Jurisprudence* : Lyon, 1^{er} juin 1874, S. 1874.2.308 et D. Sup. au Rép. V^o *Louage à Cheptel*, n^o 14. ; — Lyon, 1^{er} juillet 1879, cité par M. LESMARIS, thèse citée, p. 31 ; — Montpellier, 19 février 1919, D. P. 1920.2.105 ; — Agen, 15 mars 1921, Gaz. Pal. 1921.1.612 ; — Limoges, 18 février 1921, Gaz. Pal. 1921.1.358.

Doctrine : GUILLOUARD, *Traité du louage*, t. II, n^o 946 ; — BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *Du louage*, t. II, n^o 2150 ; — AUBRY et RAU, 5^e éd., t. V, p. 652 et note 12 bis ; — Rép. Dalloz,

lement pour cause la diminution du pouvoir d'achat de la monnaie. Lorsque les parties ont fait une estimation en argent à l'entrée, c'était pour avoir un terme de comparaison à la sortie. Il est donc indispensable pour que leur volonté soit respectée que l'élément de comparaison ne soit pas modifié durant toute la période qui sépare les deux estimations, c'est-à-dire pendant toute la durée du bail. Il faut que les évaluations d'entrée et de sortie soient faites en même monnaie ou en monnaie qui n'a été affectée dans sa valeur que par des variations normales. Ainsi, le Tribunal de Saint-Yrieix a estimé que, dans un bail conclu le 15 mars 1914 et venant à expiration en 1920, les experts devaient, à la sortie du fermier, déterminer la valeur de la souche du cheptel d'après les cours moyens de 1913-1914 (1). Le Tribunal de Nérac a comparé le franc français avec le dollar américain, seule monnaie ayant peu varié entre le moment où le bail avait été consenti (le 9 septembre 1917) et celui où il venait à expiration (le 9 septembre 1920). Il a constaté qu'en 1917 un dollar valait 5 fr. 70 et qu'en 1920, sa valeur était de 14 fr. 74, et fixait ainsi à 2,58 la proportion représentant la dépréciation de la monnaie française entre ces deux dates. Il multipliait par ce coefficient le montant de l'estimation d'entrée et c'était la différence entre ce produit et l'estimation de sortie que représentait la plus-value normale à l'attribution de laquelle le fermier pouvait prétendre (2). Le Tribunal de Guéret a évalué à 260 % la diminution du pouvoir d'achat du franc entre l'année 1916, époque de la conclusion du bail, et l'année 1920 ; pour rétablir l'équilibre entre la valeur de la monnaie fiduciaire et l'étalon-or, il a multiplié par 2,60 le montant de l'estimation du cheptel à l'entrée (3).

Nous n'avons pas à nous prononcer sur chacun de ces systèmes pris en particulier. Une seule réponse suffit à tous : aucun n'a saisi le problème dont il s'agissait. La théorie de la valeur culturelle, voulant satisfaire à la néces-

V^o *Louage à Cheptel*, n^o 86 ; — HUGUENEY, note au Sirey, précitée ; — Note anonyme, D. P. 1921.1.73 ; — DEMOGUE (René), dans *Revue trim. de droit civil*, 1920, p. 371.

1) Trib. civ. Saint-Yrieix, 29 décembre 1920, précité.

2) Trib. civ. de Nérac, 4 mars 1921, non publié.

3) Trib. civ. Guéret, 27 avril 1921, *Gaz. Pal.*, 1921.1.589.

sité du moment, a torturé les textes du Code. La théorie de la valeur vénale, voulant rester fidèle aux textes, a négligé les faits qui en imposaient l'abandon. La théorie monétaire n'est qu'une variante de la théorie de la valeur culturale. Le défaut commun de ces trois procédés est de s'être attachés aux dispositions du Code civil, en les respectant ou en les torturant, alors que celles-ci étaient impuissantes à résoudre un problème nouveau, qui leur était tout à fait étranger.

Il est incontestable que le contrat de bail à cheptel de fer est un contrat aléatoire. Mais aléatoire dans quel sens ? L'art. 1825 (rapproché de l'art. 1822) met à la charge du fermier tous les risques pouvant survenir pendant le bail. En compensation, l'art. 1823 lui attribue tous les profits, sauf le fumier, que le bail peut rapporter au cours de sa durée. Jusqu'à l'expiration du contrat, la question de hausse ou de baisse des prix des animaux ne peut se poser : elle est sans intérêt pratique. Quant au règlement en fin de bail, au cas où il y a eu estimation de la valeur du bétail à l'entrée, les articles 1821 et 1826 déclarent que le fermier laissera des bestiaux en nature et non pas en argent, et d'une valeur égale au prix de l'estimation de ceux qu'il aura reçus. La loi ne dit pas si cette valeur doit être culturale ou vénale. Mais une lecture attentive de ses textes ne laisse aucun doute ; étant donné que l'estimation est faite en argent, elle a voulu dire par là de n'entendre que la valeur vénale ou commerciale du cheptel. En conséquence, s'il survient, à la sortie, une hausse ou une baisse des prix des animaux, le fermier n'est tenu d'en restituer qu'un nombre correspondant à la valeur de celui qu'il a pris lors du contrat. Cependant, il ne s'agit là, à notre avis, que des variations normales et prévisibles des prix. Nous l'avons déjà dit et nous le répétons, le Code civil n'a pas eu en vue les perturbations extraordinaires et imprévisibles, qui sont survenues à la suite de sa promulgation. Nul ne sait quelle attitude il aurait pris, s'il les avait eues à l'esprit. Mais nous sommes libres de supposer qu'il n'aurait certainement pas laissé exproprier les propriétaires qui lui étaient si chers. Il n'aurait pas non plus tant insisté pour que le fermier soit obligé de rendre le cheptel en nature, et non pas en argent. A quoi servirait au propriétaire une seule vache, s'il est dépouillé de tout le reste de son bétail ? Il lui serait parfail-

tement égal de recevoir cette vache ou l'argent qui la remplace, puisqu'il pourrait en acheter une autre en cas de besoin !

Mais tout ce raisonnement n'est que très hypothétique. Une fois certain que le législateur n'a pas statué sur le problème de l'imprévision, nous n'avons plus à nous occuper de ce qu'il aurait fait. Nous n'avons qu'à nous demander ce qu'il faut faire à présent, en l'absence de textes légaux.

En confrontant les deux intérêts opposés, celui du fermier et celui du propriétaire, auquel des deux faut-il donner la préférence ? Quelle solution exige l'intérêt général du pays ? Voilà la question qu'il faut se poser.

Le propriétaire, en cédant son cheptel avec estimation, l'a transformé en un capital dont le chiffre est immuablement déterminé. A la fin du bail, il a toujours droit au recouvrement de ce capital, mais il ne peut toucher ni plus ni moins. Il court donc le risque désastreux de la hausse des prix des animaux comme la chance de leur baisse. Le fermier est donc à la merci du risque de baisse, ce qui équivaut au risque de hausse pour le propriétaire, mais avec cette aggravation que la perte des animaux « même totale et par cas fortuit » est à sa charge. Son risque est dès lors plus grand que celui du bailleur. Le contrat est donc aléatoire, mais inégalement aléatoire ; d'après la nature même du contrat, l'intérêt du bailleur est préféré à celui du fermier. En contractant, celui-ci s'en est bien rendu compte. En souscrivant aux dures conditions du bail, il n'a pu, d'aucune manière, y être encouragé par la perspective d'une hausse aussi grande que celle qui est effectivement survenue, parce qu'une telle hausse était imprévisible lors du contrat. La seule hausse qui ait pu raisonnablement entrer en ligne de compte, c'est la hausse normale ou à la rigueur même exceptionnelle, mais qui a déjà eu lieu précédemment. — Pourquoi donc, en présence d'une hausse imprévue et imprévisible, ayant un caractère exceptionnel même par rapport à une hausse exceptionnelle antérieure, se soucier de rétablir un équilibre entre les deux risques, équilibre qui *ab initio* n'existait pas ? Il paraît fort étrange de protéger un gain inespéré du fermier aux dépens du propriétaire qui risque d'être exproprié ! Entre un simple manque à gagner et un droit de propriété, dont le premier dé-

pend et sans lequel il n'existerait pas, auquel donner la préférence ? Au second, bien entendu.

Dans quelle mesure la hausse des prix des animaux était-elle imprévue en 1914-18 ? Pour pouvoir le dire, il faut remonter dans le passé. Avant 1870, on constate des variations tantôt favorables, tantôt défavorables à chacune des parties, mais en tout cas si minimes qu'elles n'ont jamais soulevé de sérieuses difficultés. La véritable rupture de l'équilibre contractuel a eu lieu pour la première fois en 1870. Un cheptel de 26 bêtes avait été remis au fermier le 14 novembre 1850 et estimé 1.660 fr. ; le 11 novembre 1871, à l'expiration du bail, le cheptel laissé par le fermier avait été estimé par expert 3.740 fr. : soit une plus-value de 2.080 francs. Le bailleur devait être dépouillé d'un peu plus de la moitié de son cheptel (1). En admettant que la guerre ait dû entrer dans les calculs des parties prévoyantes sur le point de conclure un bail à la veille de 1914, la limite de l'aléa prévisible éventuellement couru par le propriétaire se trouvait fixée par l'expérience du passé à la perte de la moitié environ de ses animaux. Cependant, il est arrivé cette fois-ci que sur un bail de 12 bêtes, par exemple, le propriétaire qui en eût recouvré à peu près six après la guerre de 1870, n'en reçoit que 2, 6/10 en 1919 ! La différence entre l'aléa de 1870 et celui de 1914 constitue sans doute l'imprévision. Rien n'indique que le propriétaire, comme d'ailleurs le fermier, ait été en mesure de la prévoir.

En ce qui concerne l'intérêt général du pays, il nous semble que la solution favorable au propriétaire lui serait plus conforme que la solution inverse. Il est vrai que l'agriculture ne subirait pas d'inconvénients si le propriétaire était exproprié par le fait de la hausse des prix et de l'application des règles du Code civil à la réglementation de la reprise du cheptel. A la place du propriétaire, ce serait le fermier qui continuerait l'exploitation. Cela aurait peut-être un avantage, en permettant l'élimination progressive, comme disait M. le professeur HUGUENY (2), du propriétaire non exploitant, en le remplaçant par un élément plus attaché à la terre et, par conséquent, plus intéressant : le fermier.

1) Voir Lyon, 11 juin 1874, S. 1874.2.308.

2) HUGUENY, Note au Sirey, précitée.

Mais, d'autre part, que ferait-on de toute cette catégorie de gens « déracinés » et « déclassés » qui serait constituée par les propriétaires ? Ne serait-ce pas un fardeau pesant lourdement sur la société, fardeau facile à éviter par l'application de la théorie de l'imprévision ? Enfin, en admettant que le fermier soit un élément meilleur que le propriétaire pour l'exploitation de la terre, que dirait-on si un phénomène économique inverse se produisait : la baisse au lieu de la hausse des prix des animaux, phénomène qui s'est produit après la loi du 15 germinal et peu après la conclusion de la paix, en 1919 ? Si le fermier qui est entré au moment des hauts prix du bétail se voyait obligé de rendre à sa sortie cinq ou six fois plus d'animaux qu'il n'en a reçu, ce serait le déracinement des fermiers après celui des propriétaires et, en définitive, la ruine de l'agriculture et l'abandon des campagnes (1).

Par conséquent, la jurisprudence aurait dû appliquer la théorie de l'imprévision, en protégeant les intérêts du propriétaire. Ce faisant, elle n'aurait pas eu à se référer aux dispositions du Code civil, mais à la libre recherche scientifique. Si elle était arrivée de la sorte à une solution conforme à la théorie de la valeur culturale, ce n'aurait été qu'un simple hasard et une coïncidence. La théorie de la valeur culturale est un artifice, à la différence de la théorie de l'imprévision.

Parmi les nombreuses décisions de jurisprudence, il n'y en a eu qu'une seule, parmi celles dont nous avons connaissance, qui ait sanctionné notre thèse, celle du Tribunal de Villefranche du 28 avril 1920.

Il s'agissait d'un bail conclu le 14 décembre 1910 entre Saint-Pé et Bacou, contenant cette clause : « Le pied de capital qui a été pris en charge par le fermier s'élève à la somme de 3.000 francs pour le bétail et 2.425 francs pour le troupeau (ovin). Et c'est de cette valeur, en espèces ou en nature, au choix du propriétaire, qu'il rendra compte à la sortie ». Le 1^{er} novembre 1919, à l'expiration du bail, le troupeau ovin fut vendu par le preneur avec l'autorisation du propriétaire, pour une somme de 9.500 francs, accusant

1) Dans ce sens : BRUZIN, thèse précitée, p. 59, note 1^{re}. — Cf. Note de M. HUBERT, précitée, S. 1921.2.118 ; — *Contrat* : VOIRIN, thèse précitée, p. 284.

ainsi une plus-value de 7.075 frs. Une expertise relative au bétail l'évalua à 15.000 frs, faisant ressortir une plus-value de 12.000 frs. En total, la plus-value à la sortie faisait une somme de 19.075 (la valeur de sortie : 24.500 — la valeur d'entrée : 5.425 = 19.075). Mais la dite expertise, n'envisageant que la valeur culturale du bétail, estimait que la plus-value réelle du cheptel ne dépassait pas 500 frs. Le propriétaire n'offrait que cette somme de 500 frs à son fermier, en exigeant que le prix de vente du troupeau ovin lui soit entièrement versé et que le bétail lui soit restitué en nature (en vertu de son droit d'option). Le fermier voulait, au contraire, la totalité de l'excédent de la valeur commerciale : la somme de 12.000 frs, plus-value du bétail, et la somme de 7.075, plus-value du troupeau.

Saisi du litige, le Tribunal de Villefranche raisonna comme suit : Les auteurs du Code, en édictant les dispositions des articles 1821 et 1826, n'ont eu en vue que la situation normale, au cours de laquelle les prix ne subissent que des variations lentes et très limitées ; ils n'ont pu prévoir le cataclysme mondial provoqué par la guerre de 1914 et ses répercussions économiques. En conséquence, il n'y a pas lieu, durant la période de crise que nous traversons, de se conformer au système du Code en matière de règlement de cheptel... Et le Tribunal décida de partager par moitié entre le fermier et le bailleur l'excédent de l'estimation de sortie sur le montant de l'estimation d'entrée (1). Cette décision fut violemment critiquée par la doctrine. On soutenait notamment que la loi doit recevoir son application d'une manière permanente et que le juge ayant le pouvoir de l'interpréter, n'a pas celui d'en suspendre les effets (2). Cette doctrine ignore certainement le fait que la jurisprudence a dû, depuis longtemps déjà, abroger plusieurs textes du Code civil, en se conformant aux exigences nouvelles de la vie sociale. Rappelons l'abrogation de l'art. 331 avant les lois des 7 novembre 1907 et 30 décembre 1915 sur la légitimation des enfants adultérins ; de l'art. 340 avant la loi du

1) Affaire Saint-Pé-Bacou, Trib. civ. Villefranche, 28 janvier 1920, conf. par la Cour de Toulouse, 8 juillet 1920, D. 1920.2.105 ; S. 1920.2.97.

2) Voir, par exemple, BRUZIN, thèse précitée, p. 157.

16 novembre 1912 sur la recherche de la paternité naturelle ; de l'art. 896 prohibant les substitutions devant l'interprétation libérale des legs conditionnels ; des art. 533-536, 565-577 que les juges n'appliquent plus ; etc. (1).

Sur appel du fermier contre le jugement du Tribunal de Villefranche, la Cour de Toulouse condamna, à tort, le raisonnement du Tribunal, mais ne repoussa pas l'intervention de la théorie de l'imprévision en faveur du propriétaire : elle se basa sur l'interprétation des clauses de la convention et de la volonté des parties, en tenant compte de l'étendue de leurs prévisions possibles au moment de la conclusion du bail. Elle confondit par là la question de fait avec la question de droit, le problème de l'interprétation avec celui de la création. « Attendu, dit l'arrêt, que, dans l'espèce, les parties ne se sont pas rapportées à la loi pour régler le sort du cheptel et que le bail contenait sur ce point une clause particulière ; qu'il n'y a pas lieu, dès lors, de rechercher si l'article 1826, C. civ., est devenu inapplicable par suite du cataclysme mondial déchaîné par la guerre de 1914 ; que les juges ne sauraient, d'ailleurs, abroger une loi, et que leur seul rôle est de l'appliquer, léonine ou mauvaise ; — or, attendu que la clause dont s'agit et reconnue par toutes parties était ainsi formulée : « Le pied de capital qui a été pris en charge par le fermier s'élève à la somme de 3.000 frs pour le bétail et 2.425 frs pour le troupeau, et c'est de cette valeur, en espèces ou en nature, au choix du propriétaire, qu'il rendra compte à la sortie » ; — Attendu que les termes de cette clause, clairs et précis en apparence, ne peuvent pas se concilier avec la nature du contrat et l'intention évidente des parties ; qu'il est certain que celles-ci n'ont prévu, dans l'expression de leur volonté, que l'augmentation normale du cheptel qu'elles avaient vue se produire pendant les années précédentes, et non l'augmentation, absolument anormale et extraordinaire, résultant de la guerre de 1914 ; que cette augmentation, on ne peut dire que leur volonté a été de l'attribuer tout entière au fermier ; qu'il est non moins certain que, si les parties eussent connu cet avenir, elles n'auraient pas contracté ou auraient fait des conventions différentes ; qu'il

1) Cons. : PERREAU, *op. cit.*, t. I, p. 20-23.

convient dès lors de chercher, par une interprétation autorisée dans ce cas par la doctrine et par la jurisprudence (AUBRY et RAY, 4^e éd., t. IV, p. 328 ; COLMET de SANTERRE, t. V, n^o 74 ; DEMOLOMBE, t. XXV, p. 5 ; Req. 22 novembre 1865, D. P. 66.1.108, etc...) quelle a été la volonté des parties en ce qui concerne le maximum de la plus-value qui appartiendrait au fermier ; que ce maximum correspond évidemment au prix le plus fort du bétail pendant la période des dernières années antérieures à la date du contrat de bail du 4 décembre 1910 ; que ce chiffre était certainement présent à l'esprit des parties au moment où elles ont contracté et qu'il représente, d'après leur volonté évidente et sous la déduction du montant de l'estimation, le maximum de l'excédent devant revenir au fermier ; — attendu que la Cour trouve des éléments suffisants pour décider que l'excédent dont il s'agit n'était pas supérieur à la moitié de la plus-value attribuée au fermier par le Tribunal, dont le jugement sur ce point spécial, ne saurait être réformé, le sieur Saint-Pé n'ayant pas, de son côté, relevé appel incident ; — Par ces motifs, confirme sur ce chef le jugement » (1).

Déféré à la Cour de cassation, cet arrêt fut cassé par la Chambre civile : « Attendu que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, et qu'aucune considération d'équité n'autorise le juge, lorsque ces conventions sont claires et précises, à modifier, sous prétexte de les interpréter, les stipulations qu'elles renferment... ». Après avoir remarqué que la clause spéciale, insérée dans le bail, précise qu'elle dérogeait seulement au droit commun en attribuant au propriétaire le droit d'opter, à la fin du bail, entre un règlement en espèces et une restitution en nature, pour le surplus les dispositions du Code civil devant demeurer applicables, et que le mot « valeur » contenu dans l'art. 1826 ne peut avoir d'autre signification que *valeur vénale*, la Cour de cassation soumet à la critique l'argument fondé sur la notion d'imprévision : « Attendu que la Cour d'appel allègue vainement que les parties, en contractant, n'avaient pu prévoir l'augmentation extraordinaire du prix des animaux résultant de la

1) Toulouse, 8 juillet 1920, D. 1920.2.105.

guerre de 1914, mais seulement une hausse normale « dont le maximum correspondrait évidemment au prix le plus fort du bétail pendant la période des dernières années antérieures à la conclusion du contrat » ; — attendu, en effet, « qu'en s'astreignant à supporter le risque d'une élévation factice du cours des bestiaux et du troupeau, contre-partie des risques pouvant résulter, soit de l'abaissement des mêmes cours, soit de la perte fortuite des animaux mis à la charge du fermier, Saint-Pé (le propriétaire) s'était fait à lui-même une loi dont il ne pouvait s'affranchir en alléguant que ses prévisions avaient été trompées ; qu'il lui aurait appartenu de restreindre son engagement à un taux déterminé ; mais qu'en induisant cette restriction de circonstances sur lesquelles le bail ne s'était pas expliqué, l'arrêt attaqué n'a fait que substituer une convention supposée à la convention exprimée par les contractants ; — Casse, etc... » (1).

Par cet arrêt, la Cour de cassation a fixé définitivement son attitude à l'égard de la théorie de l'imprévision, et ce, non seulement pour les baux à cheptel de fer (2), mais pour toutes autres matières (3). La Haute juridiction civile a constamment conservé cette position : depuis le moment

1) Affaire Saint-Pé-Bacou, Cass. civ. 6 juin 1921, D. P. 1921.1.73, avec le Rapport de M. le conseiller A. COLIN et note signé X. — S. 1921.1.193 et note de M. HUGUENEY.

2) Il est curieux de constater que certains tribunaux se sont obstinés à se conformer à la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de baux à cheptel de fer, jurisprudence fixée d'une façon formelle par l'arrêt du 6 juin 1921. — Ainsi : Trib. civ. Montmorillon, 6 juillet 1921, S. 1921.2.113 et Gaz. Pal. 1921.2.298, deux jugements, dont l'un réformé par Poitiers, 30 janvier 1922, Gaz. Pal. 1922.1.401 ; — Trib. civ. Banne, 21 juillet 1921, Gaz. Pal. 1922.1.52 ; — Toulouse, 26 décembre 1921, Gaz. Pal. 5 juillet 1922.

3) Ainsi : en matière de baux à loyer (Req. 21 janvier 1874, D. P. 1874.1.170 ; — Cass., 3 juillet 1918, *Journal Le Droit*, 17 août 1918) ; en matière de marchés à terme (Cass. Req., 19 novembre 1872, S. 1873.1.434 ; Cass. civ., 24 mars 1874, S. 1874.1.429) ; en matière de transactions concernant les pensions alimentaires (Civ., 18 octobre 1926, D. P. 1927.1.101) ; en matière de marchés anciens (dans l'espèce passés en 1845) pour des prestations devenues trop onéreuses (Civ. 15 novembre 1933, *Recueil de la Gaz. des Trib.*, 1934.1.17 et note de M. LALOU ; etc., etc.

où le problème de l'imprévision s'est présenté en pratique jusqu'à nos jours, elle s'est montrée toujours et avec vigueur anti-imprévisionniste (1). Le préambule de l'arrêt de

1) Toutefois, il est une décision isolée dans laquelle la Cour de cassation a admis l'application de notre théorie, en élargissant la notion de force majeure. Il s'agissait de l'affaire suivante : A la date du 20 juillet 1905, était intervenue entre la Compagnie des Chemins de fer à voie étroite de Saint-Etienne, Firminy et Rive-de-Gier d'une part, et la Chambre Syndicale des employés mécaniciens et chauffeurs d'autre part, une convention collective intitulée « Réglementation des conditions de travail et salaires du personnel de la Compagnie ». Aux termes de cette convention, la dite Compagnie s'engageait à ne pas exiger de ses employés, payés au mois, plus de 70 heures de travail et salaires du personnel de la Compagnie ». Aux termes par an. Cependant, survint la loi du 13 juillet 1906, sur le repos hebdomadaire ayant pour effet de réduire le travail de chaque employé à 6 jours par semaine et d'élever le nombre annuel de jours de congé payé à 52. La Cour de Lyon (le 10 mars 1908) et la Cour de cassation ensuite (le 26 juillet 1909) prononcent la résiliation de la convention et épargnent ainsi à la Compagnie 75.000 francs de dépenses supplémentaires, c'est-à-dire de perte. « Il est dès lors loisible au patron — portait l'arrêt de la Cour de cassation — pendant le cours d'un contrat de louage de services fait pour un temps déterminé, d'en demander la résolution, lorsque la modification apportée à la durée effective du travail par la mise en vigueur de la loi sur le repos hebdomadaire, entraîne pour lui une aggravation certaine des charges qu'il a prévues et acceptées ». (Cass. Req., 26 juillet 1909, S. 1910.1.71 ; 1910.2.49 ; D. P. 1909.2.33 et la note de H. CAPITANT).

D'autre part, la Cour suprême s'est départie de son attitude hostile à l'égard de la théorie de l'imprévision, en admettant son application, grâce à une conception spéciale de la lésion, aux promesses unilatérales de ventes d'immeubles. Sa jurisprudence est constante à ce sujet. Par exemple : un propriétaire d'immeubles, *Primus*, promet à *Secundus*, en 1914, de lui vendre un immeuble dans un délai de 10 ans pour un prix de 100.000 frs. En 1913, le prix de 100.000 frs correspondait à peu près à la valeur de l'immeuble ; mais en 1923, quand le bénéficiaire de la promesse déclare vouloir en profiter (ce qu'on appelle en pratique la *levée d'une option*), l'immeuble, par suite de circonstances multiples imprévisibles lors de la promesse (dépréciation du franc, crise de loyers, percement d'un boulevard, etc.), vaut 250.000 frs. La question s'est posée de savoir à quel moment il fallait se placer pour déterminer la valeur de l'immeuble : en 1913, lorsque la promesse a été faite, ou en 1923, lorsque le bénéficiaire de cette promesse a déclaré vouloir l'accepter. En d'autres termes, on s'est demandé à quel moment il fallait se placer

1921 n'a fait que confirmer le principe posé par sa jurisprudence antérieure, élaborée à l'occasion de l'affaire du Canal de Craponne, dont, pour conclure, nous rappelons les termes :

« Dans aucun cas il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants » (1).

Section B

CRITIQUE DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE CASSATION

Le refus obstiné et catégorique de la part de la Cour de cassation d'introduire la théorie de l'imprévision dans le système du Droit civil, sous les conditions que nous avons décrites dans la Première partie de la présente étude, devient d'autant plus intéressant que cette même haute juridiction n'a pas hésité à apporter ou à approuver des innovations multiples, cadrant parfois assez mal avec les principes du Code civil, mais de nature à satisfaire les besoins nouveaux de la vie sociale toujours mobile et excessivement riche en variations et en complexité. A-t-elle eu, dès lors, des raisons particulièrement graves pour prendre cette position d'hostilité récalcitrante vis-à-vis de notre théorie et pour s'attacher si fiévreusement aux principes traditionnels, raisons plus graves qu'en d'autres matières ? Ou bien, ne lui a-t-il pas semblé que la théorie de l'imprévision n'était pas dictée par une nécessité impérieuse, assez forte pour la décider à porter atteinte aux principes dont

pour examiner la question de lésion. Si on se place en 1913, la lésion n'existe pas. Si, au contraire, on se place en 1923, elle existe. La Cour de cassation a décidé que c'était à cette dernière époque qu'il fallait se placer. (Voir : D.P. 1922.2.89 ; 1925.1.23 ; 1926.2.86 ; 1918.2.113 ; Civ., 14 novembre 1916, D. P. 1921.1.34 . Req., 1^{er} août 1924, D. P. 1925.1.23) — Cf. LALOU, *La revision des contrats par le juge en Droit français*, dans la Semaine internationale de droit, Paris, 1937, p. 52-53.

1) Voir : *supra*, p. 347. — Et plus récemment : « Il n'est pas permis aux juges de modifier, sous prétexte d'équité ou pour tout autre motif, une convention librement conclue par les parties et licite » (Civ., 8 mai 1933, D. H. 1933, p. 395).

elle voulait conserver l'intangibilité ? Il y a eu un peu de chacune de ces deux considérations dans l'attitude de la Cour de cassation.

1. — L'obstacle le plus sérieux s'opposant à l'admission de la théorie de l'imprévision a été, aux yeux de la Haute juridiction, l'article 1134 du Code civil, consacrant le principe du respect des engagements pris et de la foi jurée, article dont nous connaissons déjà les termes. En effet, l'importance de cette disposition est considérable, et c'est avec raison qu'on soutient qu'elle sert de fondement au droit contractuel. Comme il n'y a pas de loi, il n'y a pas de contrat non plus sans la force obligatoire qui garantit son exécution. Cette force, le contrat la tire de la loi, de sorte que cette dernière le met sur un pied d'égalité par rapport à elle. Or, comme la théorie de l'imprévision est en opposition flagrante avec la force obligatoire du lien contractuel, la Cour de cassation a résolu le conflit, au profit de cette dernière, afin de sauver l'utilité et l'existence même des contrats. Les intentions de la Cour suprême étaient bonnes, sans doute. Mais le danger qu'elle a craint était-il réel ou seulement fictif ? En admettant qu'il fût réel, était-elle sur la bonne voie, ayant sacrifié tant d'existences pour le seul but de sauvegarder un principe et les effets qui en sont la conséquence ?

L'idée contenue dans l'article 1134 n'est, d'ailleurs, ni nouvelle ni propre au Code civil français. Le Droit romain, malgré son formalisme et la place peu importante qu'y occupaient les contrats se formant, à côté des contrats *verbis, litteris et re, solo consensu*, l'avait expressément consacrée par ses textes (1). Le Droit canonique, tout pénétré de morale chrétienne, a identifié le respect des conventions à la fidélité, à la *fides*, en considérant le contrat comme un lien de fraternité, un *vinculum fraternitatis*, et la violation d'une promesse comme un péché et un mensonge (2). Et c'est grâce à lui que le formalisme, fort encombrant pour le commerce juridique, a été banni et remplacé par le simple consensualisme (*solus consensus obligat*). Au 13^e siècle, déjà, BEAUMANOIR disait : « Toutes convenances sont à te-

1) Voir le renvoi à ces textes, *supra*, p. 212.

2) Cons. : ROUSSEAU (Jules), *Le fondement de l'obligation contractuelle dans le Droit canonique de l'Eglise*, thèse, Paris, 1933, p. 15 et suiv.

nir et pour che dit-on convenanches vainc loi » (1). Au 16^e siècle, LOISEL émit son dicton qui est devenu depuis un proverbe populaire : « On lie les bœufs par les cornes et les hommes par la parole », le mot « parole » ayant la signification de consentement non-solennel. Et l'article 1134 fut copié mot à mot dans *Les lois civiles* de DOMAT, célèbre jurisconsulte français du 17^e siècle (2).

Philosophiquement, le principe du respect de la parole donnée ou de la force obligatoire des conventions; comme, du reste, celui de la force obligatoire de la norme juridique en général, ne peut s'expliquer d'une manière plausible et satisfaisante. Nous avons déjà constaté l'échec complet de la théorie de l'autonomie de la volonté à ce sujet (3). Tout ce que l'on peut dire de ce chef, c'est qu'il faut le considérer comme un postulat, sans lequel toute organisation, toute règle juridique, ne serait, en principe, qu'une chimère. C'est donc uniquement au point de vue de l'utilité que l'on peut discuter sur ce principe.

La pensée juridique de tous les temps et de toutes les écoles n'a pas eu assez de mots pour souligner la nécessité de respecter pieusement le principe en question. Ainsi, John Stuart MILL, un des chefs de l'Ecole utilitariste du droit, y voyait « la nécessité la plus indispensable après celle de la nourriture » (4). Ni les richesses ni les caractères ne peuvent croître là où manque le sentiment de la sûreté du droit — disait Rudolf von JHERING (5). « La loi qui résulte de l'autorité de la parole humaine est le ciment de nos relations sociales. Bannissez-la du Monde, faites qu'en même temps tout homme prenne la résolution de ne plus croire à la parole d'un autre homme : aussitôt la société se divise, la famille se sépare, l'humanité morcelée se dissout » — affirmait le Père de MONSABRE (6). « Le contrat

1) BEAUMANOIR, *Costumes de Beauvoisis*, éd. Thaumass de la Thaumassière, 1690, chap. 34.

2) Voir : DOMAT, *Les lois civiles*, Livre I, titre 1^{er}, Section 2.
— Cf. POTHIER, *Traité des obligations*, n^o 3.

3) Voir *supra*, p. 320.

4) J. ST. MILL, *L'Utilitarisme*, trad. française P. L. le Monnier, Paris, 1883, p. 112.

5) Von JHERING (Rudolf), *L'Evolution du Droit* (*Zweck im Recht*), trad. O. de Meulenaere, Paris, 1901, p. 255.

6) MONSABRE, *Conférences*, Paris, 1857-1858.

est obligatoire, parce qu'il engendre une confiance légitime » — disait BOISTEL (1). « Notre confiance légitime en nous et en autrui nous fait acquérir le droit, oblige les autres envers nous... Etant entendu que cette notion de confiance, de crédit avec les obligations et les droits qu'elle fait naître, n'est que la forme juridique que revêt le milieu où agit l'individu... C'est donc, en définitive, le milieu lui-même, la société, avec ses lois telles qu'elle est amenée à se les représenter, qui... font le contrat » — enseignait Emmanuel LEVY, un des représentants de l'Ecole socialiste (2). D'après feu le professeur Henri CAPITANT, « Le Code civil, suivant la tradition romaine, place au-dessus de tout la stabilité des contrats et en fait une des bases de l'ordre social » (3). Les auteurs catholiques, tels que MM. le Doyen RIPERT, Le Fur et Dabin, voyant dans le Christianisme la source de tout droit, se prononcent catégoriquement pour le maintien absolu de la rigidité des conventions. « La morale nous commande de ne pas traiter le contrat comme un fait social dont le juge a le droit de tirer telle ou telle conséquence et qui ne serait respectable que dans la mesure où il aurait créé une confiance qu'on ne saurait détruire, mais de lui garder le caractère sacré qu'il tire de la parole donnée, du devoir de conscience imposée au débiteur, du droit légitime du créancier qui a foi dans la promesse faite » — soutient M. RIPERT (4). Pour M. Le Fur dans la règle *pacta sunt servanda* réside le fond du droit naturel qui est d'origine divine (5). M. DABIN dit que : « Le respect des contrats est nécessaire pour la confiance dans les affaires. Ebranler cette confiance, continue-t-il, même sous prétexte de vérité et de justice, en multipliant les causes de rescision ou de revision, ce serait non seule-

1) BOISTEL, *Cours de philosophie de droit*, 2 vol., Paris, 1899, t. I, p. 422.

2) LEVY (Emmanuel), *Responsabilité et contrats*, Revue critique, 1899, nouvelle série, t. XXVIII, p. 396-398.

3) CAPITANT (Henri), Note au Dalloz, 1917.2.33.

4) RIPERT, *La règle morale...*, *op. cit.*, p. 41-42, n° 21.

5) LE FUR (Louis), *La théorie du Droit naturel depuis le XVIII^e siècle et la doctrine moderne*, Recueil des cours à l'Académie de droit international, 1927, III, t. 18, Paris, 1928, p. 389-390.

ment ruiner le crédit, mais encore tuer les échanges » (1).

En définitive, pour ne pas prolonger cette liste qui pourrait être étendue à l'infini, si l'on admet que le juge est libre d'élaborer des règles nouvelles, en cas de besoin, lorsqu'il s'agit d'introduire la théorie de l'imprévision, il se heurte à une barrière d'ordre pratique mettant en échec sa faculté de créateur et le forçant à continuer à appliquer l'article 1134 du Code civil. Cette barrière consiste dans le devoir qu'il a de maintenir cette confiance d'homme à homme, qui est l'élément essentiel de toute activité humaine. Si cet élément fait défaut, toute initiative est réduite à zéro. En agissant, l'homme a besoin de s'appuyer sur ses proches. En sa qualité d'être productif, il ne peut rien faire sans le concours des autres. Ce concours pouvant accompagner son action ou lui succéder et devant durer jusqu'à ce que l'œuvre projetée soit accomplie, il se l'assure moyennant plusieurs opérations contractuelles. Si, par suite de quelque changement de circonstances ultérieur, susceptible de décevoir ses partenaires et collaborateurs, ce concours est interrompu, en cas de simultanéité, ou n'a pas lieu, en cas de successivité, contrairement à ce qu'il espérait et à ce que tout autre, à sa place, aurait espéré, son entreprise est condamnée à l'insuccès. Si cet homme ne dispose d'aucune garantie réelle et efficace contre de telles surprises pour l'avenir, il deviendra inactif ou bien il recourra à sa propre force, ce qui ne lui sera pas toujours possible. L'échec de son entreprise entraînera celui de toutes les autres qui ont été basées sur le succès de la sienne : ses créanciers resteront impayés, ses ouvriers sans travail et ainsi de suite. Son inactivité, multipliée par celle de tous ceux qui se sont trouvés dans son cas, provoquera l'immobilité et la stagnation de la vie sociale. L'industrie, le commerce, la famille, le travail, les rapports internationaux, bref, toutes les manifestations de la vie en commun, seront arrêtés. Et la mort, par suite d'une lutte inorganisée et anarchique et d'une passivité totale, remplacera le mouvement qui est la seule forme de la vie.

Le seul moyen d'éviter cette fatalité est de maintenir la confiance des uns dans les autres autant que possible. Et

1) DABIN (Jean), *La philosophie de l'ordre juridique positif*, op. cit., p. 486.

celle-ci ne peut être mieux garantie que par une autorité d'ordre objectif inspirant un sentiment de sécurité aux individus qui agissent. Cette autorité est représentée par le droit positif. Or, la tâche du droit positif est double : protéger les droits acquis contre toute atteinte et assurer l'acquisition des droits nouveaux contre toute surprise. La protection des droits acquis ne prête à aucune difficulté : leur étendue est délimitée avec précision. On n'a qu'à empêcher tout empiètement à leur égard, de quel côté qu'il vienne, y compris l'intervention législative (principe de la non-rétroactivité des lois) et judiciaire (principe de la Séparation des pouvoirs et de l'application stricte des textes légaux). Quant à la garantie des droits à acquérir, c'est-à-dire des intérêts engagés en vue de réaliser les droits futurs, le critère de son intervention est la croyance moyenne : ne pas violer le point le plus éloigné de sa circonférence, c'est établir la sécurité nécessaire dans la société, et fixer par là un levier d'activité au sein de celle-ci. Il est vrai que cette croyance n'est pas toujours conforme à la réalité ; souvent, elle est basée sur les apparences. Mais sa valeur n'en est pas modifiée. L'essentiel est qu'elle inspire un sentiment suffisant de sécurité. Exemples : l'héritier apparent est traité comme le véritable propriétaire vis-à-vis des tiers de bonne foi ; le porteur d'un titre à ordre, bien que celui-ci ne lui appartienne pas, peut faire valoir ses droits sans que les souscripteurs puissent s'y opposer ; celui qui est inscrit sur le registre des transferts doit, dans les rapports avec les tiers, être toujours tenu pour le titulaire ; le mandataire qui a abusé de ses pouvoirs peut dans les rapports avec les tiers, être considéré comme obligeant ses mandants ; une fois la publicité faite, les droits des tiers sont inopposables aux droits obligatoirement soumis à la publicité (aliénation immobilière, cession de créances, cession de brevets d'invention, contrats de mariage stipulant le régime dotal, hypothèque) ; en fait de meubles possession vaut titre ; *error communis facit jus...*(1). Il en est de même pour les contrats. Ils obligent à ce que les contractants ont

1) Cons. : DEMOGUE (René), *Les notions fondamentales du Droit privé, Essai critique*, Paris, 1911, p. 68 ; — LEVY (Emmanuel), *Les droits sont des croyances*, *Revue trim. de droit civil*, 1924, p. 59-61.

déclaré lors de la convention, et non pas à ce que ceux-ci ont pensé dans leur for intérieur, intime et secret ; si la déclaration de la volonté contractuelle est silencieuse sur un point de nature à faire naître un différend entre les partenaires, le juge, en la résolvant, doit être guidé uniquement par le respect de la confiance qu'ont eue les plaideurs l'un dans l'autre et de la croyance qu'ont eue les tiers lors du contrat. Sa décision ne doit avoir pour personne un caractère de surprise. Il peut prononcer l'annulation du contrat pour erreur sur la substance, pour dol, pour violence, pour lésion (exceptionnellement), mais pas pour erreur sur les motifs, pour réserve mentale, pour plaisanterie, pour toute sorte de lésion. Il ne peut surtout pas résilier ou modifier un contrat pour changement imprévu de circonstances, parce que cela est contraire à la nature même du contrat qui est une emprise sur l'avenir et un mode d'assurance contre les changements subséquents qui surviennent presque régulièrement soit au profit du créancier, soit au profit du débiteur. Adapter le contrat aux circonstances nouvelles, ce serait tromper la croyance moyenne et porter atteinte à la sécurité dans les affaires. Résultat : personne ne consentirait plus à faire de conventions à exécution successive et à terme. Même, si le changement est tout à fait exceptionnel par ses conséquences, on ne doit pas modifier la lettre du contrat, car cela surprendrait davantage tous ceux qui ont compté sur son exécution. En protégeant, par exemple, le débiteur contre l'imprévu, on sacrifierait le créancier qui serait obligé de faire un nouveau contrat dans les conditions bien plus dures pour lui, afin de pouvoir accomplir ses propres obligations vis-à-vis de ses créanciers. Pour être complètement juste à l'égard de tous, il faudrait reviser tous les contrats ayant un lien de cause à effet, et dans ce cas, les procès n'auraient jamais de fin. Ne vaut-il pas mieux alors laisser les choses telles qu'elles sont, en maintenant le *statu quo* et la sécurité statique (1), qui seuls conditionnent le dynamisme et poussent à l'action ? L'article 1134 du Code civil doit donc demeurer intact : les conventions ne pourront être révoquées que du consentement mu-

1) Le terme de sécurité statique a été lancé par DEMOGUE, *op. cit.*, p. 72.

tuel des parties contractantes ou pour les causes que la loi autorise. Ni la loi, par un effet rétroactif, ni le juge, mu par un sentiment d'équité, n'y peuvent rien.

Ce raisonnement de la doctrine traditionnelle, adopté par la Cour de cassation, contient une grande part de vérité et de justesse. Mais poussé à l'extrême, il nous paraît exagéré et insoutenable comme tel. Voici pourquoi :

a) Il est vrai que l'intervention dans les contrats, soit de la part du législateur, soit de la part du juge pour cause de bouleversement postérieur de l'économie des contrats, a pour effet l'anéantissement partiel du crédit. Exemple : les moratoires de dettes en 1848, 1870 et 1914 en France et les moratoires de dettes agricoles, par suite de la crise mondiale de 1930, dans les pays agricoles, comme la Roumanie et la Yougoslavie. Mais rien ne laisse croire que le crédit disparaîtrait totalement et que les échanges seraient tués du fait de l'application de la théorie de l'imprévision. Si ce fait choque au premier abord, les créanciers finissent par s'y habituer, en accommodant leurs opérations au nouvel état de choses. La pratique constante de la théorie de l'imprévision en matière de conventions collectives de travail (1) n'a pas empêché jusqu'à présent l'embauchage normal des ouvriers et la continuation de la production ! D'autre part, le phénomène de l'imprévision n'a pas tendance à durer perpétuellement. De par sa nature, il ne peut être que passager. Pendant ce temps-là, les transactions peuvent se contenter de contrats instantanés ou ayant une durée relativement très courte. Si cela gêne un peu l'initiative pour entreprendre de grands projets dont la réussite dépend justement d'une heureuse tournure des événements futurs, initiative qui est incontestablement nécessaire à l'essor d'un commerce sain et prospère, cet intérêt général mérite d'être sacrifié à un autre intérêt général plus fort et plus intéressant, qui ne permet pas qu'un nombre important de citoyens utiles soit ruiné et déclassé (2). Peu après, la situation reprend son cours habituel et la vie redevient normale. Les inconvénients, que craint la Cour de cassation, n'ont, en conséquence, guère l'occasion de

1) Voir *supra*, p. 69-71.

2) Dans ce sens : DEMOGUE, *Des modifications aux contrats par volonté unilatérale*, Revue trim. de droit civil, 1907, p. 246.

provoquer les effets catastrophiques qu'elle s'imagine et dont elle se fait une idée trop pessimiste. Ajoutons enfin, que parmi les contrats, conclus en période normale, il en est toujours une partie à laquelle la théorie de l'imprévision n'est pas applicable, soit parce que leurs termes tombent au-delà de la période anormale, soit parce que leur économie n'est pas assez bouleversée pour que l'imprévision y intervienne.

La doctrine traditionnelle, en se souciant de la sécurité dans les affaires, ne voit qu'une moitié du problème. Elle perd de vue que l'article 1134 du Code civil se rapporte aux contrats synallagmatiques et qu'il a, par définition même, un double aspect, l'engagement étant réciproque. Si la sécurité des créanciers demande qu'ils ne soient pas surpris par les effets de l'imprévision, la sécurité des débiteurs demande, par contre, qu'eux non plus ne soient pas surpris par l'exécution intégrale de leurs obligations. Si les créanciers s'abstiennent de faire des contrats à exécution successive et à terme du fait de l'application de notre théorie, ce dont a peur R. von JHERING (1), les débiteurs en feront autant, si on l'écarte, ce qui s'est produit notamment au temps des assignats en France (2), ainsi qu'après la Grande guerre, par suite de la chute inouïe du mark allemand, en Allemagne (3) et du mark polonais, en Pologne (4). Si le créancier n'est pas seul à souffrir de l'application de la théorie de l'imprévision, le débiteur ne l'est pas non plus, dans le cas où cette application est écartée. De droit commun, le patrimoine du débiteur est le gage général des créanciers chirographaires (art. 2092 C. civ.) (5). On aperçoit mal, dès lors, comme le remarque M. H. de PAGE (6), pourquoi la sécurité du créancier primerait celle

1) VON JHERING, *op. cit.*, *loc. cit.*

2) Voir : MORINI-COMBY, *Les assignats, Révolution et inflation*, *op. cit.*, p. 105.

3) Voir : VOLKMAR, *La révision des contrats par le juge en Allemagne*, Trav. de la Sem. Internationale, p. 15 et suiv.

4) Voir : D^r ROMAN LONGCHAMPS DE BERIER, *La révision des contrats par le juge dans le Droit civil polonais*, Même recueil, p. 105 et suiv.

5) Dans ce sens : HAURIOU (Maurice), *L'imprévision et les contrats dominés par des institutions sociales*, art. précité, p. 139.

6) DE PAGE (Henri), *De l'interprétation des lois*, t. II, *op. cit.*, p. 193-195, p. 275.

du débiteur, ou la sécurité du débiteur primerait celle du créancier, pourquoi, en vue d'assurer les droits de l'un d'eux, on compromettrait ceux de l'autre, ou réciproquement, du moment que la sécurité dans les affaires est pareillement menacée dans tous deux cas ? La Cour de cassation, au lieu de donner à l'article 1134 le sens d'une excellente moyenne, laquelle, parce que moyenne, n'est faite que pour embrasser l'ordre normal des choses et non pas l'anormal et l'exceptionnel, lui attribue autorité sur tous les cas possibles et sur toutes les contingences quelle que soit leur originalité, ayant ainsi l'illusion de veiller à la conservation de la sécurité nécessaire. S'abriter sous le principe de la stabilité des contrats, pour tolérer l'exécution des obligations entraînant la ruine des débiteurs, favoriser ainsi les faillites et les déconfitures, détruire les unités composant l'organisation économique et ébranler par là la chaîne de l'activité solidaire, ce n'est point rendre hommage au besoin de sécurité économique. S'il faut voir là un principe essentiel de l'activité humaine, il est tout aussi indispensable de donner au principe ses propres limites. Au-delà de ces limites, si l'on persiste à soutenir sa validité absolue et mathématique, on fait dévier le principe de sa véritable portée, en aboutissant à un résultat contraire à celui que l'on souhaitait : l'incertitude et l'instabilité dans le commerce juridique (1).

Enfin, en admettant même que le principe de la rigidité des conventions soit vraiment un gage solide de la sécurité et de l'ordre, la valeur de cette sécurité et de cet ordre n'est pas toujours la même. Parfois, leur maintien absolu ira contre la tendance de la vie à se mouvoir et à changer ; sera en opposition avec l'évolution permanente des phénomènes sociaux, rendra impossibles le mouvement, la marche, l'action. Un ordre établi doit disparaître ; une loi en vigueur doit céder la place à une autre ; le juge doit créer des règles nouvelles ayant un effet rétroactif... Les points de transition représentent bien une insécurité, mais une insécurité nécessaire. R. DEMOGUE a très bien dit

1) Voir : VENIAMIN (Virgile L.), *Essai sur les données économiques dans l'obligation civile*, thèse précitée, p. 374. — Comp. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. 6, Paris, 1932, p. 697, n° 637.

que la sécurité parfaite prête à l'inactivité, et pour le prouver, il a cité l'exemple des chômeurs qui, touchant régulièrement leur chômage, ne veulent plus travailler. De là, à côté d'une *sécurité statique*, la nécessité d'une *sécurité dynamique*, qui concilierait l'ordre et le mouvement (1). Cette conciliation se trouve tantôt dans l'article 1134 du Code civil, tantôt dans la théorie de l'imprévision, selon les circonstances.

En dehors de cette réplique, adressée à la doctrine traditionnelle, que l'on pourrait être tenté de considérer comme un simple jeu de mots, purement abstrait et dépourvu d'appui dans la réalité, recourons à des preuves plus concrètes et à des démonstrations puisées dans l'expérience et dans les faits, que voici :

b) A l'occasion de l'élaboration de la loi Failliot, introduisant pour la première fois, depuis la promulgation du Code civil, la théorie de l'imprévision dans le système du droit civil positif (2), la Fédération des industriels et des commerçants français, à sa réunion du 24 juillet 1915, fit émettre, par la bouche de M. le professeur MASSIGLI, spécialement consulté sur la question, l'opinion ci-après : « Cette jurisprudence (de la Cour de cassation) est une cause d'inquiétude dans les milieux commerciaux. Elle favorise des conséquences injustes et des procédés abusifs ; elle va contre les besoins les plus certains de la situation actuelle du commerce et de l'industrie, car, en un moment où il leur faudrait la liberté et l'aisance de l'effort, elle impose trop souvent la réserve et la gêne. Une liquidation équitable des charges inopinément devenues trop pesantes est donc indispensable ; les avis les plus autorisés la présentent comme une des conditions essentielles d'une reprise vigoureuse de la vie économique ; plus promptement elle sera décidée, mieux l'intérêt général se trouvera servi » (3). Pour ne pas croire que ce n'était qu'un avis personnel du professeur consulté, voici ce qu'en disait le président même de la dite

1) DEMOGUE (René), *Les Notions fondamentales du Droit privé*, *op. cit.*, p. 86.

2) Voir : *infra*, p. 456 et suiv.

3) Voir : Bulletin mensuel de la Fédération des industriels et des commerçants français, n° 138, août-septembre 1915, p. 98 et 101 et suiv.

Fédération, M. A. LEBON : « Si aucun remède n'est apporté à la situation, les faillites et les déconfitures seront innombrables, les procédures judiciaires se multiplieront à l'en- vie et ni l'industrie ni le commerce français ne se trouveront dans leur ensemble en état de faire face aux besoins pressants et variés issus des circonstances que nous venons de vivre » (1).

Il est inutile de dire que la Cour de cassation connaît moins bien les besoins du commerce et de l'industrie que le représentant légitime de ceux-ci, dont la tâche principale est de défendre à tout moment leurs intérêts professionnels. Si le rejet de la théorie de l'imprévision, en dépit des conséquences désastreuses qu'a provoquées la guerre de 1914-18 sur tous les points de la vie économique, a causé une « inquiétude dans les milieux commerciaux » et a empêché l'industrie et le commerce français « de faire face aux besoins pressants et variés issus des circonstances » nouvelles, il est évident que la Cour de cassation a porté atteinte à la sécurité dans les affaires, au lieu de la sauvegarder ! Si donc la sécurité des transactions commerciales demande, le cas échéant, l'admission de la théorie de l'imprévision, celle des affaires civiles doit le faire également et *a fortiori*, car l'esprit de spéculation y est bien moins et bien plus rarement présent que dans les premières.

c) L'étude de l'historique de la théorie de l'imprévision nous a démontré que les juridictions françaises tant sous l'Ancien régime qu'à l'époque révolutionnaire, pendant la crise des assignats, ne se sont pas abstenues, lorsque le besoin s'en est fait sentir, d'admettre son application (2). Cette pratique n'a jamais eu pour effet l'anéantissement du crédit ni la mort des échanges. Si toutefois le peuple se plaignait de la jurisprudence beaucoup trop arbitraire des anciens parlements, susceptible de porter préjudice à la sécurité du commerce juridique, ce mal pourrait être aujourd'hui assez facilement évité par le fait qu'il y a une Cour suprême, dont la tâche est d'uniformiser la jurisprudence. Rien ne l'empêche, dès lors, de procéder à

1) LEBON (André), *La guerre et les contrats*, Revue politique et parlementaire, 10 mai 1916.

2) Voir : *supra*, p. 256-257, note 4.

une élaboration soigneuse de toutes les conditions et de tous les effets de l'intervention de notre théorie, de façon à ce que les particuliers n'en soient pas surpris ou le moins possible, comme elle l'a d'ailleurs déjà fait en d'autres matières, dont la réglementation est due uniquement à sa pratique prétorienne.

d) Au cours de la guerre de 1914-18, ainsi qu'après la conclusion de la paix, le législateur moderne a violé l'article 1134 du Code civil, en édictant une série de lois spéciales relatives à l'intervention des effets de la théorie de l'imprévision dans certaines matières de Droit civil et commercial. Cette législation, qui a eu d'abord un caractère exceptionnel et temporaire, s'est développée depuis vingt ans sans arrêt et a atteint des proportions considérables à la suite de la grande crise économique de 1930. Résolution, résiliation, revision, suspension, prorogation, délais de grâce, au profit tantôt du débiteur, tantôt du créancier, ont mis en échec le principe de la sainteté des engagements si solennellement énoncé par l'article 1134 du Code civil. Bien qu'un grand nombre de juristes éminents, fidèlement attachés à la foi due aux contrats, aient été effrayés de son abandon, en raison de l'imprévision, et aient qualifié cet abandon d'hérésie et de sacrilège (1), l'adoption de notre théorie par le législateur n'a tué jusqu'à présent le commerce juridique ni dans les matières où elle s'applique ni dans les autres, où elle pourrait être appliquée un jour. Les marchés de fournitures, les baux à loyer et à ferme continuent à se former ; les fonds de commerce continuent à se vendre ; le crédit continue à exister. Du reste, si la

1) Voir : CAPITANT (Henri), *Le régime de la violation des contrats*, Dalloz Hebdomadaire, Chronique, 1934, p. 1-4 ; — JOSSE-RAND (Louis), *Le contrat dirigé*, Dall. Hebd., Chron., 1933, p. 89-92 ; — DU MÊME AUTEUR, *Un ordre juridique nouveau*, D. H., Chron., 1937, p. 41-44 ; — *Sur la reconstitution d'un droit de classe*, D. H., Chron. 1937, p. 1-4 ; — *La « publicisation » du contrat*, dans Mélanges E. Lambert, Paris, 1938, t. III, p. 143 et suiv. ; — *Comment les textes de loi changent de valeur au gré des phénomènes économiques*, dans Mélanges Henri Capitant, 1939, p. 369-380 ; — *Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats*, Rev. trim. de Droit civil, 1937, p. 1-30. — RIPERT (Georges), *Le droit de ne pas payer ses dettes*, D. H., Chron., 1936, p. 57-60 ; — DU MÊME AUTEUR, *Le régime démocratique*, op. cit., p. 17 et suiv.

théorie de l'imprévision était, dans les circonstances actuelles, moins bienfaisante ou avait plus d'inconvénients pour l'intérêt général que son rejet, c'est-à-dire que le maintien absolu des effets des contrats, le législateur l'aurait abandonnée depuis longtemps déjà et n'aurait certainement pas continué à y voir un remède efficace aux perturbations économiques qui bouleversent, d'une manière presque constante, l'époque où nous vivons. Vingt ans d'expérience lui auraient suffi pour corriger l'erreur, s'il y en avait une (1).

e) Dans la plupart des pays ayant pris part à la guerre mondiale ou ayant été atteints par la crise économique qui en a été la suite, on a donné satisfaction à la théorie de l'imprévision, soit par des mesures législatives, à titre temporaire et exceptionnel, comme en France, ou à titre permanent et général, soit par des mesures d'ordre jurisprudentiel. Nous allons donner une énumération de certains de ces pays, choisis parmi les plus intéressants, à savoir : l'Angleterre, l'Allemagne, la Suisse et la Pologne (2), énumération suivie d'un bref exposé de la situation relative à l'imprévision dans chacun d'eux.

1° *Angleterre*. — Le droit anglais, à la différence du droit continental, passe pour être coutumier et non-écrit. La jurisprudence des tribunaux est purement empirique et, au lieu d'être liée par la loi, l'est par sa propre tradition (les « précédents »). L'étude du droit anglais au sujet de la théorie de l'imprévision est d'autant plus attrayante que la *Common law* primitive, appliquée par les tribunaux royaux, était excessivement rigide et inflexible, maintenant jalousement, en matière contractuelle, le principe de la rigidité des conventions, même en dépit d'un cas fortuit ou de force majeure, alors qu'en droit continental, ce fait mettait fin de plein droit à toute obligation, en dispensant les par-

1) Voir l'exposé de la législation nouvelle, *infra*, Chapitre III.

2) Nous regrettons infiniment d'en avoir exclu l'U. R. S. S. Si nous l'avons fait ce n'est que par manque de sources bibliographiques et jurisprudentielles. Eloigné, du fait des événements consécutifs à l'armistice, de Paris et de la Bibliothèque Nationale, où nous aurions peut-être trouvé quelque documentation à ce sujet, nous sommes obligé de passer ce pays sous silence.

ties de l'exécuter. Ce n'est qu'à partir de 1873, lorsque la Cour de Chancellerie, appliquant un système juridique dénommé *equity*, a imposé, à la suite d'une longue lutte, aux tribunaux royaux de tenir compte de la loyauté des contractants, que la jurisprudence anglaise a pris une allure pleine de souplesse et de sens pragmatique. — Ce qu'on appelle, sur le Continent, un cas de force majeure, a été longtemps étranger au droit anglais. Celui-ci ne connaissait qu'en partie cette notion, l'*act of God* (acte de Dieu), qui ne comprenait que les événements catastrophiques de la nature, supérieurs à l'homme, tels que les typhons, les tempêtes de neige, les tremblements de terre, la foudre, les éruptions volcaniques et autres phénomènes semblables. Tout autre événement (acte de l'homme, fait du Prince), même si ses conséquences rendaient l'exécution du contrat matériellement impossible, ne déliait pas le débiteur de l'obligation de réparer le dommage résultant de l'inexécution (Voir le cas « *Paradine v. Jane* », jugé en 1647 et considéré comme un « *leading case* » — arrêt de principe). Cette jurisprudence resta en vigueur jusqu'en 1863 (Voir : le cas « *Kearson v. Pearson* », jugé en 1861) ; à cette date, elle fit son premier pas dans le sens d'une dérogation à sa règle austère, par le fameux cas « *Taylor v. Cauldwell* » (3. B. et S. 826), après quoi elle aboutit, petit à petit, grâce à l'influence de la Cour de Chancellerie, à l'application partielle de la théorie de l'imprévision. Dans l'affaire « *Taylor v. Cauldwill* », devenue à son tour « *leading case* », il s'agissait d'un contrat de louage de choses : une salle fut louée pour un concert ; celle-ci brûla avant que le concert ait pu être donné ; la Cour, saisie du procès intenté par le locataire jugea qu'il y avait lieu à exonération du loyer. La décision se basait sur l'existence d'une clause tacite (*implied condition*), d'après laquelle l'exécution du contrat dépendait de l'existence matérielle de l'objet du contrat, cet objet ayant été un corps certain. (Comp. l'art. 1302 du Code civil français). Cette solution fut étendue à l'impossibilité physique d'exécuter une obligation, par exemple, pour un artiste, subitement tombé malade, de chanter à un concert. (Voir : les cases : « *Boast v. First* », en 1868, et « *Robinson v. Davison* », en 1871). Elle le fut aussi à l'impossibilité provenant d'un fait du Prince, c'est-

à-dire d'une intervention législative — *Act of legislature* (Voir : le *case* « Breuster v. Kitchin »).

Au début du siècle actuel, la jurisprudence anglaise a porté un coup plus considérable encore à l'ancienne *common law*, en s'acheminant rapidement vers une règle admettant la résolution du contrat, non seulement pour cause d'impossibilité absolue d'exécution, mais encore pour cause de difficulté. A la veille du couronnement du roi Edouard VII, de nombreux contrats avaient été passés pour la location de places pour assister au cortège du couronnement. Cependant, Sa Majesté le Roi étant tombé malade avant que la cérémonie ait eu lieu, celle-ci fut ajournée à une date ultérieure. Ce fait donna lieu à beaucoup de procès relatifs aux contrats de louage d'emplacements, qui, n'ayant pas été loués pour être habités, mais dans le but unique de voir passer le cortège royal, étaient devenus complètement inutiles. Tous les locataires demandèrent la résolution de leurs contrats et l'exonération du paiement de leurs loyers ; ceux qui les avaient déjà payés, en tout ou partie, demandèrent à être remboursés. Ainsi, dans l'affaire « Krell v. Henry », Henry sur la vue d'un écriteau apposé aux fenêtres d'une maison meublée appartenant à Krell, après avoir interviewé le « House Keeper » au sujet de la location des dites fenêtres « *a good view of the procession* », loua le meublé pour les deux jours « non compris la nuit » du 26 au 27 juin 1902, moyennant 75 Livres Sterling, dont 25 payées d'avance et le reste de 50 payables le 24. La cérémonie ayant été décommandée (le matin du 24), les 50 Livres encore dues ne furent jamais versées à Krell, d'où son action contre Henry en paiement de ces 50 Livres et la demande reconventionnelle d'Henry pour la restitution des 25 payées d'avance. Henry triompha en première instance tant au principal que sur sa demande reconventionnelle ; mais il abandonna cette dernière en appel et Krell fut débouté de sa demande de 50 Livres. Le principe posé par ces célèbres « *Coronation cases* » était le suivant : pour que le contrat reste valable, il faut que l'événement ayant servi de but essentiel au contrat lors de sa conclusion se réalise au moment de son exécution. Sinon, le contrat, ayant manqué son but, le maintien absolu de sa validité devient alors absurde.

A la suite de la déclaration de la guerre de 1914-18, la jurisprudence anglaise, ne pouvant pas rester indifférente au nouvel état de choses issu de la guerre, réalisa la dernière étape de son évolution. Cette fois, il s'agissait de véritables cas d'imprévision. Elle n'hésita pas longtemps à y faire face et élaborer notamment une doctrine nouvelle « *The commercial impossibility* » (impossibilité commerciale d'exécution). Ainsi, dans l'affaire « *Karl Ettlinger et C^o v. Chargandos* » (1915, T.L.R. 40 Bom. 301), elle jugea que, le transport des marchandises de Bombay à Anvers étant devenu tellement coûteux par suite de la guerre et le tonnage normal étant diminué d'une façon excessive, l'exportateur devait être exonéré de son obligation, bien que l'exécution de celle-ci ne fût pas absolument impossible. (Dans le même sens : le *case* « *Horlock v. Beal* » 1916, 1. A.-C. p. 480 et 313). Dans une autre affaire (le *case* « *E. A. Tamplin Steamship C^o Ltd*, 1916, 2 A.-C., p. 397), elle déclara que dans un contrat de charte-partie, l'existence d'une clause tacite permet l'exonération de l'armateur lorsque l'exécution de son obligation devient impossible, ou autrement dit *impracticable* (« *impracticable* ») à cause d'un événement à la survenance duquel les parties ne s'attendaient pas.

Bien que la théorie de l'imprévision ne soit pas entièrement et définitivement introduite dans le droit civil anglais, l'importance des quelques décisions jurisprudentielles, dont nous venons de faire mention, est énorme, étant donné que cinquante ans seulement plus tôt, elle avait une conception si étroite de la notion de force majeure et de cas fortuit (1).

2° *Allemagne*. — Bien que la théorie de l'imprévision ait été admise, à titre de règle générale pendant de longues

1) L'Angleterre a connu, elle aussi, pendant la guerre de 1914-18, des mesures législatives en faveur de notre théorie : la loi du 3 août 1914 sur les moratoires ; la loi du 30 août 1914 et du 10 juillet 1917 sur les délais de grâce ; la loi du 23 décembre 1915 sur les baux à loyer ; etc. — Consulter pour le droit anglais : LEVY-ULLMANN, *L'inexécution du contrat pour cause d'impossibilité dans le droit anglais*, dans *Annales de Droit commercial*, 1922 ; — GUTTERIDGE, *La révision des contrats par le juge en droit anglais*, *Semaine Internationale*, 1937, p. 33-43 ; — ZAKI (Hamed), *L'imprévision en Droit anglais*, thèse, Paris, 1930.

années en droit bavarois (Code civil bavarois de 1856, § 12) et en droit prussien (Code civil prussien de 1794, §§ 377-380) (1), le Code civil allemand (*Bürgerliches Gesetzbuch*) de 1900 a rompu la tradition et ne l'a consacrée qu'à titre d'exception, par les §§ 321 et 610. Le premier envisage le cas où le contrat n'a encore été exécuté ni par l'une ni par l'autre des parties en rapport, en accordant le droit à celle qui est tenue de s'exécuter la première de suspendre l'exécution, si elle constate que la situation de l'autre est tellement changée qu'elle n'est plus sûre d'obtenir la contre-prestation, jusqu'à ce qu'elle reçoive une caution ou que son co-contractant redevienne solvable. Le second est relatif aux promesses de prêt de consommation : « Quiconque promet un emprunt de consommation peut, en cas de doute, retirer sa promesse si la situation de l'autre partie s'est tellement aggravée qu'elle mettrait en péril le remboursement du prêt ». — A dire vrai, ni l'une ni l'autre de ces deux dispositions n'embrassent de véritables cas d'imprévision. La seconde n'envisage que les contrats de prêt ; la première est plus générale, s'appliquant à tous les contrats à terme. Mais toutes deux se rapportent à la situation personnelle du débiteur (et non pas à celle du créancier) le rendant insolvable, c'est-à-dire le mettant dans l'impossibilité de s'exécuter à son tour, plutôt qu'à la théorie de l'imprévision, car cette situation ne doit pas résulter forcément d'un événement imprévu, mais de tout autre événement : *lex non distinguit*. D'une façon générale, ces règles sont en quelque sorte l'anticipation et la présupposition du principe de « *l'exceptio non adimpleti contractus* » ; au lieu d'être invoqué par la partie devant s'exécuter en second lieu, du fait que la première n'a pas effectué sa prestation, il est invoqué par la première qui craint de ne pouvoir obtenir la contre-prestation.

Durant la guerre de 1914-18, la jurisprudence du *Reichsgericht*, fidèle au principe général « *pacta sunt servanda* » et au principe spécial aux contrats portant sur une somme d'argent « *Mark gleich Mark* », refusa d'admettre l'intervention de la théorie de l'imprévision dans les marchés de fourniture pour cause de difficulté d'exécution ré-

1) Voir *supra*, p. 224, en note.

sultant des conséquences exceptionnelles de la guerre (raréfaction des matières premières, hausse des prix consécutive) et dans les paiements dont le taux était devenu insuffisant par suite de l'inflation. (Voir : *Recueil officiel*, t. LXXXVI, p. 398 et t. LXXXVIII, p. 176). Une des raisons en était probablement que l'opinion publique allemande était déjà préparée à une guerre éventuelle, de sorte que son déclenchement n'avait pas, en Allemagne, un caractère imprévisible. Les clauses de guerre (*Kriegsclauseln*), insérées dans presque tous les contrats conclus avant la guerre, permettent de le croire (1).

Cependant, la situation a changé de 180° après la défaite imprévue de l'armée allemande en 1918. L'inflation a atteint alors des proportions catastrophiques et a provoqué une crise économique désastreuse, comparable à celle des assignats en France lors de la Révolution, crise qui a duré jusqu'à la stabilisation du mark en 1923, en altérant l'équilibre de tous les contrats devant être exécutés en cette période ; les principes « *pacta sunt servanda* » et « *Mark gleich Mark* » ne pouvant plus être maintenus en face des circonstances tout à fait extraordinaires, le *Reichsgericht* fut obligé de modifier complètement sa jurisprudence antérieure. Mais comme le droit positif ne contenait aucune disposition permettant de faire intervenir la théorie de l'imprévision, il eut recours à une interprétation extensive des textes existants, c'est-à-dire des §§ 157, 242 et 325 du B.G.B. Les deux premiers, correspondant à l'art. 1134, al. 3 du Code civil français, disposent que la bonne foi et la loyauté dans les affaires (« *Treu und Glauben* ») doivent présider à l'exécution des obligations du débiteur ; le dernier, correspondant aux art. 1147 et 1148 C. civ. fr., considère l'impossibilité (*Unmöglichkeit*) d'accomplir l'obligation assumée comme une cause de libération du débiteur. Le tribunal d'Empire (*Reichsgericht*) a élargi le champ d'application de la notion de bonne foi ; jusque-là applicable uniquement à la situation du débiteur, il l'a étendue à celle du créancier : celui-ci ne peut exiger l'exécution littérale du contrat, si celle-ci est devenue, par suite de circonstances imprévues, trop onéreuse pour le débiteur, car ce serait contraire à la bonne

1) Voir *supra*, p. 121.

foi et à la loyauté. Il a fait de même pour la notion d'impossibilité (*Unmæglichkeit*), en l'étendant à celle de l'impuissance (*Unvermægen*). Le principe a été posé par sa célèbre décision du 21 septembre 1920 (*Recueil officiel*, t. C., p. 129 et suiv.), dont voici les attendus : « Le premier et le plus noble devoir du juge est de donner satisfaction, en disant le droit, aux besoins inévitables de la vie. Les circonstances entièrement nouvelles nées de l'inflation font un devoir au juge d'intervenir dans les contrats existants, lorsque à défaut d'une pareille intervention, on devait en arriver à des solutions contraires à la bonne foi, à la justice et à l'équité, en un mot intolérables. Si la résiliation d'un contrat tout entier se trouve ainsi justifiée, il apparaît d'autant plus admissible de modifier des clauses ou stipulations déterminées, lorsque les parties sont d'accord pour continuer l'exécution du contrat et que la bonne foi, la justice et l'équité en font un devoir pour le juge. Une quelconque modification des bases contractuelles ne saurait cependant, à tout coup, justifier l'intervention du juge : celle-ci n'est possible que lorsqu'il s'agit d'un bouleversement profond, imprévisible lors de la conclusion du contrat, comme ce fut le cas pour l'inflation. Pareillement, il faut admettre que l'intervention ne saurait se produire au seul profit de celui qui souffre ou a souffert de la continuation du contrat ; il faut aussi tenir compte des intérêts du co-contractant qui, à l'avenir, doit fournir des prestations plus importantes ou différentes. Le préjudice doit être équitablement réparti entre les deux parties ». (Voir dans ce sens : Cour d'appel de Jéna, *Oberlandesgericht*, 20 octobre 1920 ; *Reichsgericht*, 10 décembre 1920 ; *Reichsgericht*, 29 novembre 1921 ; *Reichsgericht*, 26 janvier 1923).

Par suite des mesures législatives de 1923 sur la dévaluation et la stabilisation de la monnaie allemande, par lesquelles le mark a été transformé en Reichsmark, il s'est posé le problème de la revalorisation des anciennes créances. S'agissant du remboursement d'un prêt hypothécaire, le Tribunal d'Empire a fixé, à ce sujet, sa jurisprudence dans le sens suivant : « Il y a lieu de reconnaître la possibilité juridique d'une revalorisation des créances hypothécaires selon le droit allemand en vigueur, spécialement selon l'article 242 du B.G.B. » (*Rec. off.*, t. CVII, p. 78 et suiv.).

Les mêmes problèmes, mais avec moins d'acuité, ont surgi à l'occasion de la crise économique de 1930. Le Tribunal d'Empire n'a pas abandonné son attitude favorable à notre théorie. Le mérite en revient, pour une grande part, à la doctrine national-socialiste, qui est venue accentuer le sens collectif qui a, depuis presque toujours, caractérisé le peuple allemand et, en général, la race germanique. Lorsqu'il s'est agi, par exemple d'un marché de fourniture à longue durée ou d'autres contrats semblables, où le paiement avait été libellé en une monnaie étrangère, laquelle fut dévaluée avant le déroulement normal du contrat, la jurisprudence a accordé régulièrement la revalorisation de la valeur de la prestation en argent, en diminuant le chiffre de celle-ci proportionnellement à la dévaluation (Voir : *Reichsgericht*, 2 avril 1935, *Rec. off.*, t. CXLVII, p. 286). Il en a été de même avec des pensions de retraite acquises à d'anciens employés jusqu'à leur décès ou d'allocations dues à leurs ayants-droit à cause de la diminution du chiffre d'affaires des entreprises-débitrices : le Tribunal d'Empire a reconnu le droit pour le juge de déterminer, en les modifiant, les rétributions contractuelles (Voir : *Reichsgericht*, 30 avril 1935, *Rec. off.*, t. CXLVIII, p. 81). Enfin, la jurisprudence allemande, étendant la théorie de l'imprévision à tous les domaines du droit contractuel, n'a pas hésité à reviser les taux d'intérêt dans les contrats de prêt contractés pendant la période de prospérité apparente antérieure à 1930, taux convenables pour cette époque, mais qui paraissaient, après l'avènement de la crise, trop lourds pour le débiteur. Voici les considérants du Tribunal régional de Saarbrücken, en date du 30 mars 1936, sur la question : « Convaincu que tout le droit trouve sa limite dans la notion de bonne foi, le Tribunal estime que l'exercice d'un droit, même contractuel, devient inadmissible lorsqu'il est poursuivi à une époque où les conceptions et les circonstances sociales et économiques ont complètement changé. Qu'un taux d'intérêt de 12 % ait pu correspondre, en 1928, à la situation économique d'alors, il ne s'ensuit pas que ce taux doive être maintenu par la suite. Le Tribunal a conclu qu'il paraissait légitime d'admettre un taux de 10 % pour 1929, de 8 % pour la période 1931-1933 et de 6 % à partir de 1934 ».

A côté de cette jurisprudence prétorienne qui a assoupli, au nom de la bonne foi (*Treu und Glauben*) et du devoir de fidélité national-socialiste (*Treupflicht*), la rigidité du principe « *pacta sunt servanda* » — de nombreuses mesures législatives ont été également prises à ce sujet. Citons en quelques-unes :

La loi du 8 décembre 1923 autorisant le Gouvernement à prendre par voie d'ordonnance les mesures nécessaires pour revaloriser certaines créances ; — La 3^e ordonnance fiscale du 14 février 1924, remplacée par la loi de revalorisation des hypothèques à 25 % de leur montant en marks-or ; — Le décret du 6 octobre 1931 relatif à la réduction des dettes contractuelles ; — La loi du 11 novembre 1932 accordant aux débiteurs un moratoire pour le paiement de leurs dettes hypothécaires jusqu'au premier avril 1934 ; — La loi du 1^{er} juin 1933 sur les dettes agricoles : octroi de termes et délais, réduction sensible des créances ou du taux d'intérêt ; — La loi du 20 janvier 1934 sur la protection du travail national, donnant à l'ouvrier ou à l'employé, occupé depuis un an dans la même entreprise, le droit de se pourvoir contre un renvoi, en soit licite d'après le contrat de louage de services, lorsque ce renvoi heurte l'équité par sa rigueur et ne se trouve pas imposé par la situation de l'entreprise ; — La loi du 2 juillet 1936 sur la réduction des intérêts hypothécaires ; etc., etc. (1).

3° Suisse. — Le droit civil suisse est le seul où, à notre connaissance, la jurisprudence a pu se suffire à elle-même pour résoudre, sans le concours spécial du législateur, tous les problèmes imposés par les circonstances exceptionnelles issues de la guerre (bien que la Suisse, ayant été neutre, n'y ait pas pris part), ainsi que ceux nés de la crise économique de 1930. Ce fait s'explique aisément par la conception très libérale qu'a le législateur suisse du pouvoir du juge ; celui-ci est en Suisse moins lié par le principe de

1) Voir sur le Droit allemand : VOLKMAR, *La révision des contrats par le juge en Allemagne*, Rapport dans la Semaine Internationale, p. 15 à 31 ; — POPESCU, thèse précitée, p. 171 à 193.

On retrouve un système analogue en Hongrie. Voir : CHARLES DE SLADITS, *La révision des contrats par le juge en Hongrie*, Rapport dans la Semaine Internationale, p. 57 à 72.

la Séparation des pouvoirs que le juge français ; il a le droit d'intervenir, en cas de nécessité, à la place du législateur et de créer, par conséquent, des règles nouvelles. L'art. 1^{er}, al. 2, du Code civil suisse, de 1907, prescrit : « A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte du législateur ».

— D'autre part, il comporte une règle générale sur la façon d'exercer les droits. C'est l'art. 2 du même Code, conçu en ces termes : « Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'écarter ses obligations selon les règles de la bonne foi. L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi ». — Enfin, la tâche du juge a été facilitée en plus par l'existence de quelques dispositions du Code fédéral des Obligations qui, consacrant la théorie de l'imprévision dans certaines matières spéciales, lui ont fourni de la sorte l'idée de cette institution, ce qui l'a conduit à l'étendre, par voie de raisonnement *per analogiam*, à d'autres matières, non prévues par la loi. L'art. 163, C.O., prescrit que le juge doit réduire les peines stipulées en vue de l'inexécution du contrat qu'il estime excessives ; l'art. 269, C.O., permet de résilier les baux immobiliers à terme fixe avant leur expiration, s'il survient des circonstances graves qui rendent à l'un ou à l'autre des contractants l'exécution intolérable, sauf à observer les délais prévus par la loi ou à offrir à l'autre partie un dédommagement complet ; et l'art. 373 II, C.O., dispose qu'en cas d'entreprise à forfait, le juge peut, en vertu de son pouvoir d'appréciation, si l'exécution de l'ouvrage est empêchée ou rendue difficile à l'excès par des circonstances extraordinaires, impossibles à prévoir, ou exclues par les prévisions qu'ont admises les parties, accorder soit une augmentation du prix stipulé, soit la résiliation du contrat.

Doué de pouvoirs aussi larges que ceux que la législation positive lui a confiés, le juge suisse, tant à la Cour fédérale que dans les tribunaux inférieurs, n'a pas hésité un instant à procéder, dans des cas exceptionnels, à l'adaptation des contrats au nouvel état de choses, en s'appuyant tantôt sur la notion de bonne foi, tantôt sur l'intention des parties, tantôt sur l'impératif juridico-moral tendant à réprimer l'exercice abusif des droits. Toutefois, il ne l'a fait

que lorsque l'intérêt général le lui a dicté, en usant de ses facultés avec extrême prudence, tact et mesure (1).

4° *Pologne*. — Le droit civil polonais offre une particularité au sujet de la théorie de l'imprévision que l'on ne rencontre nulle part ailleurs. C'est que le nouveau Code des obligations polonais du 27 octobre 1933 (entré en vigueur le 1^{er} juillet 1934), la consacre formellement, soit à titre de règle générale, soit à titre de règle spéciale, concernant les cas particuliers, dans lesquels l'adaptation du contrat est simplifiée, c'est-à-dire où le juge est dispensé de se conformer à telle ou telle condition qu'exige la règle générale. La réglementation générale de notre théorie a été l'objet de l'art. 269, aux termes duquel : « Lorsque par suite d'événements exceptionnels, tels que : guerre, épidémie, perte totale des récoltes, ou autres cataclysmes naturels, l'exécution de la prestation se heurterait à des difficultés excessives qui menaceraient l'une des parties d'une perte exorbitante que les parties n'ont pu prévoir lors de la conclusion du contrat, le tribunal peut, s'il le juge nécessaire, d'après le principe de la bonne foi et après avoir pris en considération les intérêts des deux parties, fixer le mode d'exécution, le montant de la prestation et même prononcer la résolution de la convention ». — A la réglementation spéciale sont soumis les contrats d'entreprise à forfait et les donations. Les premiers sont régis par l'art. 490, qui est presque identique à l'art. 373 du Code suisse des obligations. Les donations font l'objet de l'art. 364, lequel donne le droit au donateur de révoquer la donation non encore exécutée lorsque, dans la période qui a suivi la promesse, sa situation de fortune s'est modifiée de telle sorte qu'il ne peut plus exécuter sans se mettre hors d'état de subvenir à son propre entretien selon sa condition sociale et de faire face aux obligations élémentaires que la loi met à sa charge (2).

1) Voir : THILO (Emile), *La revision des contrats par le juge en Suisse*, Rapport dans la Semaine Internationale, p. 121-133. — SIMONIUS (A.), *La revision des contrats pour cause d'imprévision en Droit suisse*, Rapport dans la S. Int., annexe III, p. 173-183. — RICHARD (Albert), Intervention dans la discussion à la Séance de la Semaine Internationale, p. 205-208.

2) Il convient de remarquer que cette révocation de la donation n'est pas comparable à celle qui suit le transfert du don,

Avant cette codification, il y avait en Pologne trois codes différents en vigueur : le Code Napoléon, le Code civil allemand et le Code civil autrichien, dont aucun ne donnait une place à la théorie de l'imprévision. Pourtant, la jurisprudence en a fait une ample application, et le législateur est souvent intervenu par des lois de circonstances. La monnaie polonaise (le mark polonais) avait subi la même débâcle que le mark allemand. Elle a été dévaluée en 1923 également. Donc, l'aspect de la jurisprudence et de la législation polonaises antérieures au nouveau Code, par rapport à notre théorie, est analogue à celui de l'Allemagne (1).

Tout en tenant compte des traits propres aux systèmes juridiques des pays sus-visés, de la mentalité des peuples respectifs et des circonstances particulièrement graves qui ont eu lieu dans quelques-uns, surtout celles entraînées par la baisse considérable de la monnaie nationale, il importe de dire que la sécurité dans les affaires n'a subi aucun inconvénient du fait de l'application de la théorie de l'imprévision et que celle-ci n'a pas empêché le commerce juridique de continuer sa marche normale. Le droit anglais, coutumier, jurisprudentiel et empirique, la mentalité anglaise attestant un sens pratique et pragmatique ; le droit allemand influencé par l'esprit collectiviste et solidariste du peuple allemand, surtout après l'avènement du régime hitlérien, et mis en face d'une chute inouïe du mark-papier ; le droit suisse, accordant des larges pouvoirs constructifs au juge ; le droit polonais, se trouvant, lui aussi, devant une catastrophe monétaire et consacrant ensuite la théorie de l'imprévision d'une façon formelle ; la mentalité slave du peuple polonais, malgré son penchant vers la

c'est-à-dire l'exécution du contrat de la part du donateur. Cette dernière n'a pas de traits communs avec les effets de la théorie de l'imprévision, comme nous l'avons déjà constaté plus haut, tandis que la révocation de la promesse de donation peut avoir pour cause un cas d'imprévision.

1) Voir sur le droit polonais : LONGCHAPS DE BERIER (Dr Roman), *La révision des contrats par le juge dans le droit polonais*, Rapport dans la Semaine Internationale, cité, p. 105-120, et son Intervention dans la discussion à la séance, p. 201-202.

civilisation occidentale (la religion catholique au premier chef), mentalité d'une mystique faite d'esprit de sacrifice, de dévouement et d'amour désintéressé pour ses semblables ; — tout cela est étranger à l'organisation juridique de la France, à son esprit individualiste dont la Révolution a doté le peuple français, esprit préférant le respect des principes jusqu'au fétichisme et jusqu'à la contradiction avec la réalité au compromis qui est souvent nécessaire, étranger aussi à sa situation monétaire relativement stable, — faits qu'il faut bien reconnaître. Pourtant, qu'il nous soit permis de remarquer que la question de confiance d'homme à homme, de sécurité dans les affaires qui s'ensuit et de stabilité des contrats qui les garantit, ne peut qu'être commune à tous les peuples civilisés. Alors, si le manque constant à la parole donnée devait détruire la base des transactions en France, il le ferait tout aussi bien en d'autres pays. Mais, s'il ne l'a pas fait, dans les conditions posées par la théorie de l'imprévision, en d'autres pays, il n'y a pas de raisons pour qu'il le fasse en France non plus (1).

1) Que l'on nous excuse d'avoir employé les arguments sous d) et e). En effet, l'intervention législative en France et la théorie de l'imprévision en droit comparé sont des faits postérieurs à la jurisprudence de la Cour de cassation. Or il est peu conforme à une méthode scientifique de juger un état de choses passé par un état de choses actuel qui succède au premier. On ne peut pas critiquer l'institution de l'esclavage dans l'antiquité grecque et romaine, par exemple, en disant qu'elle va contre nos conceptions de la liberté et de la dignité de l'être humain, valeurs qui ont été acquises bien plus tard. Pour juger correctement, il ne faut envisager que la période historique dont on parle. C'est pour cela que quelqu'un a dit, avec beaucoup de justesse, que l'esclavage avait pour appui la mentalité des esclaves eux-mêmes. — Cependant, si nous n'avons pas respecté cette vérité historique, c'était pour deux raisons : 1° la question de sécurité conventionnelle est de caractère à se poser à n'importe quelle époque, et lorsqu'il s'agit de deux époques aussi rapprochées que l'époque du régime du Code civil et celle de l'intervention législative, elle ne peut se poser que de la même façon. Si la théorie de l'imprévision était de nature à léser la confiance d'homme à homme au milieu du 19^e siècle, elle le serait également au début du 20^e. — 2° D'autre part, la Cour de cassation continue à considérer la théorie de l'imprévision comme une atteinte à la sécurité dans les affaires même en période interventionniste, où cette « atteinte » faite par le législateur n'a pas eu les conséquences que redoutait la Haute juridiction civile.

f) La théorie de l'imprévision a été admise depuis longtemps déjà en Droit international public, en Droit administratif et en Droit ouvrier (1). Y a-t-elle eu les inconvénients dont se méfiait la doctrine de la Cour suprême en matière de Droit civil ? Pas le moins du monde. Son application n'a provoqué ni désordre sur le plan international, ni arrêt du fonctionnement des services publics concédés, ni cessation du travail. Tout au contraire, elle a eu un rôle de soupape de sûreté, en maintenant la paix entre les nations, la continuation des services publics et l'ordre social interne.

Tout en reconnaissant le bienfait de la théorie de l'imprévision dans ces trois branches du droit, la presque totalité de la doctrine juridique a l'habitude de dire qu'à la différence du Droit international, du Droit administratif et du Droit ouvrier, le Droit civil peut se passer de l'intervention de la théorie de l'imprévision, par la raison que, dans les premiers, c'est l'intérêt général qui l'exige; alors que dans le dernier il ne peut s'agir que d'intérêts particuliers en conflits ; or, le devoir de protéger les intérêts individuels ne peut aller jusqu'à admettre la dérogation au principe du respect des engagements pris, qui est dicté par l'intérêt général, par la collectivité même. Il n'est donc pas injuste que l'intérêt collectif l'emporte sur l'intérêt individuel. L'individu sacrifié périra, mais la société pourra continuer tranquillement son existence et sa vie. Il en est tout autrement dans les trois autres branches du droit ; il est vrai que le principe *pacta sunt servanda* y est essentiel comme en Droit civil et est dicté par un intérêt collectif : si l'on revisait les traités internationaux toutes les fois que leur exécution ne plait pas à l'autre partie, il n'y aurait pas de Droit international. Il en est de même pour le Droit administratif et pour le Droit ouvrier. Cependant, il est des situations, où la revision, dans certaines conditions et certaines circonstances, devient tout aussi indispensable que le maintien absolu de la lettre du contrat. Si l'on s'en tenait opiniâtement à la lettre, malgré le changement profond des conditions du contrat, lui ayant enlevé sa raison d'être, au lieu d'éviter l'intervention de la

1) Voir *supra*, Première partie, p. 66-99,

force brutale en Droit international, on y tendrait, au contraire ; au lieu de garantir le fonctionnement continu des services publics, en Droit administratif, on arriverait à le voir interrompu ; au lieu de veiller sur l'ordre et le travail, en Droit ouvrier, on aurait des troubles sociaux (grève, lock-out) et l'abandon du travail (1).

A notre sens, cette argumentation basée sur la différence entre le Droit international public, le Droit administratif et le Droit ouvrier d'une part et le Droit civil d'autre part, au sujet de la théorie de l'imprévision, ne tient pas.

Laissons pour le moment de côté la question d'intérêt général et n'envisageons que le Droit international public et le Droit civil interne, en les confrontant l'un avec l'autre. On n'a pas tort de dire que l'application de la théorie de l'imprévision est bien moins dangereuse dans le second que dans le premier. En Droit international, les traités sont la source prépondérante du droit, puisqu'ils remplacent la loi du droit interne, et, par conséquent, leur sainteté s'impose avec plus de rigueur. Si l'on y renonce sans raisons valables, la base même du Droit international est supprimée et son existence compromise. En Droit interne, l'ordre juridique continuerait à exister, même si l'on supprimait les contrats, les opérations juridiques pouvant se faire par d'autres instruments. En outre, l'application de la théorie de l'imprévision en Droit international est dépourvue de tout contrôle objectif ; elle est laissée à la merci de la bonne volonté des Etats signataires, ce qui permet des abus et l'arbitraire sans limites. En Droit civil interne, l'application de la théorie de l'imprévision pourrait être soumise à des conditions très précises, dont l'observation serait garantie par l'ordre juridique objectif : l'abus et l'arbitraire en seraient éliminés.

En ce qui concerne la question d'intérêt général qui joue, croit-on, en Droit ouvrier, en Droit administratif et

1) Dans ce sens : CAPITANT (Henri), Note précitée ; — RIPERT, *La règle morale...*, op. cit., p. 147 et suiv., nos 79 et 88 ; — DU MÊME AUTEUR, *Le régime démocratique...*, op. cit., p. 186, n° 95 ; — GATTAND (Georges), *La clause « Rebus sic stantibus » en Droit international public*, thèse, Paris, 1929, p. 13 et suiv. ; — SAINT-MARC, thèse précitée, p. 45 et suiv. ; — JACQUEMARD, thèse citée, p. 110 et suiv. ; — POPESCU, thèse précitée, p. 105-109.

en Droit international public, lorsque les conditions d'intervention de la théorie de l'imprévision sont réunies, il n'est pas toujours vrai que ce même intérêt fasse défaut en Droit civil. Le contraire est bien plus exact. Lorsqu'il s'agit d'un bouleversement général de l'économie des contrats, comme c'est arrivé pendant le cataclysme mondial de 1914-18 et à la suite de celui-ci, à l'occasion de la grande crise économique qui a sévi dans le Monde entier, à partir de 1930 et au moment de l'avènement du Gouvernement du Front populaire en France, avec les nombreuses réformes et expériences qu'il a tentées, ni le commerce ni l'industrie ni le travail, bref pas un élément de la vie sociale, ne sont épargnés. Et c'est justement le cas normal où se pose la question de l'intervention de notre théorie. C'en est donc que tout à fait exceptionnellement qu'elle intervient dans des cas isolés, à savoir dans des contrats et marchés à très longue durée. Par conséquent, on ne peut pas dire que ce ne soit pas l'intérêt général qui impose l'application de la théorie de l'imprévision en Droit civil. Seulement, il y a une différence à faire entre cet intérêt général jouant en Droit civil et celui que l'on rencontre en Droit ouvrier, administratif et international. Tandis que dans ces différents droits cet intérêt se ressent directement, son inobservation, c'est-à-dire le rejet de la théorie de l'imprévision, provoque immédiatement des conséquences fâcheuses sur le corps social : la guerre dans les rapports internationaux, l'interruption du fonctionnement des services publics en matière administrative et la cessation du travail et de la production en matière de travail, en Droit civil l'intérêt général n'est qu'indirect : les suites immédiates de son inobservation se répercutent tout d'abord sur la fortune des particuliers : commerçants, industriels, ouvriers, créanciers, emprunteurs... Comme ce phénomène se produit en masse et comme les intérêts des particuliers sont, même d'après l'aveu des adversaires de l'imprévision (1), enchevêtrés, la ruine d'une branche de l'industrie ou le déclassement d'un nombre considérable de commerçants, peut entraîner une crise de toute l'économie nationale. C'est ce qui explique, d'ailleurs, l'intervention constante de la part du législateur

1) Voir : CAPITANT, Note précitée.

dans les rapports contractuels à partir de la guerre de 1914-1918 (1). L'intérêt général y apparaît donc par voie de conséquences indirectes. — Même lorsque les effets d'un cas d'imprévision n'ont pas un caractère général, en ne se répercutant que sur la situation d'un seul particulier, il n'est pas certain que l'appauvrissement de sa fortune compensé par l'enrichissement de celle de son partenaire puisse sauvegarder l'équilibre de l'économie nationale. A supposer qu'il soit un gros industriel, sa ruine, en soi indifférente au point de vue social, peut entraîner celle de sa famille, de ses créanciers et de ses ouvriers, ce qui suscitera de nouvelles ruines, fait qui mérite grandement d'être pris en considération (2).

Enfin, en reconnaissant qu'il peut y avoir des cas où l'intérêt général n'est en jeu ni de près ni de loin, nous ne voyons pas là de raison pour exclure l'intervention de la théorie de l'imprévision. Si cette théorie doit être admise en matière civile dans les cas à caractère collectif, elle doit l'être *a fortiori* dans les cas isolés, parce que si la sécurité contractuelle est ébranlée dans ces derniers, elle l'est davantage dans les premiers : un cas isolé reste inaperçu ; un phénomène ayant un caractère collectif est susceptible d'influencer l'opinion publique.

Du reste, l'inérêt général qui sert de prétexte à l'admission de la théorie de l'imprévision en matière de droit ouvrier, administratif et international, n'est pas, à notre avis, la raison unique qui la justifie (3). Ce sont plutôt les traits particuliers de ces branches du droit, traits qui sont étrangers au Droit civil, qui y permettent l'intervention de

1) Sur ce point tout le monde est d'accord. — Voir, par exemple : DABIN (Jean), *La philosophie de l'ordre juridique positif*, op. cit., p. 484 ; — RIPERT, *La règle morale...*, op. cit., p. 165-166, n° 88 ; — MAGNAN de BORNIER (J.), *Essai sur la théorie de l'imprévision*, thèse précitée, p. 100.

2) Dans ce sens : MAGNAN de BORNIER, thèse précitée, p. 101 ; — HAURIU (Maurice), *L'imprévision et les contrats dominés par des institutions sociales*, article reproduit Aux sources du droit, p. 139.

3) La preuve en est que le Conseil d'Etat applique la théorie de l'imprévision dans le dernier stade de sa jurisprudence aux cas où aucun intérêt général, voir le bon fonctionnement des services publics, n'est en jeu. — Voir l'affaire Pechdo, *supra*, la Première partie, p. 87, note 1re.

notre théorie. Le Droit international ne possède pas d'arbitre au-dessus des Etats intéressés. Le Droit administratif n'est pas soumis à une législation aussi autoritaire que celle régissant le Droit civil ; le Conseil d'Etat procède en qualité d'organe créateur du droit nouveau, et sa jurisprudence fait loi, comme celle du juge anglais (*Judge made law*). Le Droit ouvrier dispose de l'organisation solide des individus dont il protège les intérêts, organisation qui est prête à tout moment à mettre ses forces en action en vue de défendre les intérêts lésés de ses membres. — Tout cela est différent du Droit civil, où les particuliers ne sont pas organisés, où la juridiction est tenue d'observer strictement les lois en vigueur, où les parties ne se font pas justice à elles-mêmes. Cependant, ce n'est pas une raison pour que la théorie de l'imprévision ne soit pas admise. Si les particuliers ne peuvent pas se défendre par leurs propres moyens comme en Droit international et en Droit ouvrier, c'est à l'ordre juridique de les prendre sous sa protection. Quant au respect de la lettre des lois écrites, nous avons vu que la jurisprudence civile y a porté maintes fois atteinte. Pourquoi ne le ferait-elle pas alors en matière d'imprévision ?

g) Le grief relatif au danger de multiplication des procès que provoquerait l'adoption de la théorie de l'imprévision, multiplication qui gênerait sans doute la marche des affaires, n'est pas sans fondement à première vue. Si je fais reviser mon contrat pour cause d'imprévision, mon co-contractant en fera autant pour les contrats qu'il a conclus avec d'autres personnes ; celles-là feront de même, et ainsi de suite, sans que cela finisse jamais. Cependant, à la réflexion, cet inconvénient est moins réel que la doctrine traditionnelle ne l'a cru. Lorsque M. DABIN nous dit qu'au lieu d'introduire la théorie de l'imprévision, il vaut mieux essayer de former les caractères des contractants, en les humanisant et en les moralisant ; devenus moraux, ils procéderont eux-mêmes à l'adaptation des contrats aux nouvelles circonstances, sans avoir besoin de demander le concours du juge (1), — nous estimons que cette rééducation morale ne peut se faire qu'après que la théorie de l'imprévision a été consacrée, car une fois l'institution de l'imprévision introduite dans le sys-

1) DABIN, *op. cit.*, p. 486.

tème du droit civil positif, les conditions de son application seront connues de tout le monde, et quand elles seront réunies dans un cas concret, il y aura très peu de contractants qui s'abstiendront de procéder à l'adaptation amiable de leurs contrats à la situation nouvellement créée. Ce ne sera qu'en cas de doute, lorsqu'on n'est pas tout à fait certain que l'on est en présence d'un fait imprévisible, que les parties recourront à l'intervention du juge, ou bien, lorsque l'une d'elles ou toutes les deux voudront, malgré l'évidence de la situation imprévisible, tenter leur chance, en comptant sur la possibilité d'une erreur judiciaire accidentelle ou causée intentionnellement par voie de fraudes ou de fausses preuves. Mais ce sont des cas rares et exceptionnels, auxquels les matières autres que celle de l'imprévision n'échappent pas davantage.

Cette hypothèse de la rééducation morale des contractants que nous venons d'opposer à celle de M. DABIN, n'est pas sans être appuyée par les faits. En parlant de la crise des assignats dans la période révolutionnaire, nous avons pu constater qu'au moment où l'on procédait à la dévaluation des créances, les créanciers opéraient très souvent la réduction de celles-ci de leur propre initiative, et les débiteurs, de leur côté, ne refusaient pas d'offrir un montant raisonnable de leur dette en numéraire, qui contentait généralement leurs créanciers (1). Le même phénomène s'est produit en matière de Droit administratif pendant la Grande guerre, à la suite de l'introduction de la théorie de l'imprévision par le Conseil d'Etat par son célèbre arrêt de Gaz de Bordeaux et même avant. Parmi 650 cas, il y en a eu 250 environ, où des arrangements amiables ont eu lieu, entre les compagnies concessionnaires et les municipalités (2). Il en a été de même également par suite de la loi Failliot ; à Nancy, par exemple, dans la seule année 1920, sur les 318 affaires que la procédure prévue par la loi a amenées devant le Prési-

1) Voir *supra*, p. 258-259, note 1^{re}.

2) Cons. : SAINT-MARC (Pierre), *De l'imprévision dans les contrats administratifs*, thèse précitée, p. 77 ; — BRUZIN, thèse citée, p. 206, note 1^{re} ; — VOIRIN, thèse citée, p. 13 et la note 1^{re} ; — Voir aussi *supra*, Première partie, p. 83, note 2.

dent du Tribunal de commerce, 237 ont abouti à une conciliation (1).

2. — Dans un autre ordre d'idées, la doctrine traditionnelle, approuvée par la jurisprudence de la Cour de cassation a estimé que l'admission de la théorie de l'imprévision et par là la dérogation au principe posé par l'article 1134 du Code civil, étaient inutiles, aucune nécessité impérieuse ne les imposant. Dans un cas atteint par un fait d'imprévision, il y a, disait-elle, deux intérêts individuels en jeu, ayant des tendances opposées : le créancier a intérêt à la pleine observation de la lettre du contrat et le débiteur au remaniement de ce contrat en fonction du nouvel état de choses né de circonstances imprévues. Dès lors, si l'on persiste à maintenir le contrat tel quel, l'intérêt du créancier sera respecté aux dépens de celui du débiteur. Si, d'autre part, on adapte le contrat à la situation nouvellement créée, on sacrifiera les intérêts de l'un et de l'autre à la fois. Alors se pose la question de savoir lequel des deux intérêts est le plus fort, méritant la protection du droit : si c'est celui du créancier, il faut maintenir le contrat ; si c'est celui du débiteur, il faut le remanier. S'ils sont de valeur égale, il faut conserver le *statu quo*, parce qu'alors à quoi bon à la place d'un mal existant, en faire naître un autre, qui ne fera que remplacer tout simplement le premier ? A quoi servira-t-elle, cette opération qui ne sera qu'un déplacement inutile de deux valeurs d'égale intensité ? Il s'agit donc de peser le poids des intérêts en conflit : selon le résultat donné par la balance on saura ce qu'il faudra faire. Voici à quel résultat est arrivée la doctrine traditionnelle, après avoir pesé les intérêts des contractants, par la main de la Cour d'appel de Paris, résultat appuyé de l'autorité de feu le professeur H. CAPITANT, dans sa note sous l'arrêt de la dite Cour (2).

Il s'agissait, en l'espèce, des faits suivants : La maison B..., de Bordeaux, avait au mois de juillet 1914, vendu à M... et S... de Paris, un certain nombre d'hectolitres de rhum de la marque R... au prix de 58 frs l'hectolitre, livra-

1) VOIRIN, thèse précitée, p. 202.

2) Voir : Paris, 21 décembre 1916, D. P. 1917.2.33, note de H. CAPITANT, précitée.

bles à des dates espacées jusqu'en juillet 1915. Une seule livraison d'un petit nombre de fûts avait été effectuée, tardivement d'ailleurs. Pour répondre aux sommations des acheteurs, la maison B... soutenait qu'ayant été réquisitionnée par l'intendance militaire, elle s'était trouvée dans l'impossibilité de continuer la livraison. La Cour, confirmant un jugement du Tribunal de commerce de la Seine du 28 mars 1916, repoussa cette argumentation et résilia le marché aux torts de la maison B..., en justifiant sa décision de la façon suivante : « Considérant qu'on ne saurait reprocher à cette solution d'être contraire à l'équité, de ne pas tenir compte des événements et de faire supporter aux vendeurs seuls les conséquences des malheurs publics ; que, d'une part, on ne peut sous prétexte d'équité, demander aux tribunaux de corriger les rigueurs du sort ; que leur mission consiste uniquement à faire respecter les conventions librement consenties ; que, d'autre part, il n'y aurait aucune équité à éviter aux vendeurs des pertes pour faire supporter celles-ci par les acheteurs qui, eux-mêmes, ont pu prendre des engagements en comptant sur les conventions qu'ils ont passées et cela, dans des contrats de vente avec livraison à terme qui ont forcément un caractère aléatoire, vendeurs et acheteurs, comme il vient d'être dit, courant les risques de la fluctuation éventuelle des cours ».

H. CAPITANT, en commentant cet arrêt de la Cour de Paris, a confronté la situation du vendeur et celle de l'acheteur, et a trouvé, en fin de compte, que la situation de ce dernier était plus intéressante et imposait, par conséquent, l'exécution du contrat tel quel. Le vendeur, en concluant un marché à livrer, devait, d'après lui, se couvrir, c'est-à-dire avoir des stocks de marchandises suffisants pour effectuer toutes les livraisons périodiques jusqu'à la dernière. Il a compté sur la baisse de celles-ci. Cependant, elles ont haussé. Il s'est trompé dans ses calculs et a fait une mauvaise affaire. Mais le préjudice dont il souffre, c'est un *manque à gagner* et non pas une perte sèche : dans tous les cas, il vendra ces marchandises au-dessus du prix auquel il les a payées lors du contrat. — La situation de l'acheteur est, par contre, toute différente. Celui-ci, grossiste et revendeur, a conclu de nouveaux contrats ayant pour base l'exécution du premier. Si cette exécution n'a pas lieu ou si la

revision du prix intervient, en lui imposant un chiffre plus élevé, étant obligé de satisfaire aux engagements pris à l'égard de ses propres acheteurs, il subira une *perte réelle* et considérable. Alors, entre un manque à gagner, qui incombe au vendeur, et une perte sèche, qui menace l'acheteur, il est plus juste d'éviter cette dernière et de protéger l'acheteur plutôt que le vendeur.

À supposer que le vendeur n'ait pas accumulé les marchandises nécessaires et qu'il soit dans l'obligation de les fabriquer ou de les acheter au fur et à mesure de chaque livraison périodique, encourant de la sorte une perte pure et simple, et que l'acheteur, de son côté, n'ait pas fait de nouvelles stipulations, s'enchaînant au marché en question, les deux situations sont égales : à la perte du vendeur correspond celle de l'acheteur qui, en cas de modification du contrat, sera obligé de payer plus cher, en les achetant ailleurs, les marchandises dont il a besoin, plus cher qu'il n'espérait. Alors, dans ce cas, qui est d'ailleurs plutôt exceptionnel que normal, il n'y a pas de raison de préférer le sort du vendeur à celui de l'acheteur. Tout au contraire, le sort de l'acheteur est plus intéressant, parce que celui-ci demande le maintien de l'état de droit créé par la libre volonté des contractants.

En conséquence, même au point de vue des intérêts individuels, l'introduction de la théorie de l'imprévision n'est pas non seulement nécessaire, mais elle est souvent inique (1).

Ce raisonnement de la doctrine traditionnelle est fait avec parti pris et la conclusion qui en découle est trop hâtive et trop générale. La théorie de l'imprévision est un problème fort complexe et exige une analyse soignée de chaque cas concret, de chaque espèce. Selon le résultat qui s'ensuit, elle doit être tantôt admise, tantôt rejetée. Tout dépend des circonstances. Il est, dès lors, très dangereux et très peu conforme à la science juridique de généraliser un cas concret, soit dans un sens soit dans un autre. C'est le défaut principal de la doctrine traditionnelle, qui caracté-

1) Voir : CAPITANT, Note précitée. — Dans le même sens RADOUANT (Jean), *Du cas fortuit et de la force majeure*, thèse précitée, p. 105; — LEMONIER (Henri), *Des effets juridiques de la guerre sur les ventes et marchés*, thèse, Caen, 1918, p. 59.

rise toute la philosophie individualiste et rationaliste et dont on sent la présence dans cette doctrine. L'esprit classique, comme l'a bien démontré Hippolyte Taine dans ses *Origines de la France contemporaine* (1), est essentiellement généralisateur. Il ne cherche pas à étudier un cas spécial, intéressant en lui-même par les problèmes psychologiques ou autres qu'il soulève et qui lui sont particuliers, mais il s'efforce, au contraire, de trouver des sujets dans des cas généraux, susceptibles de permettre l'analyse de sentiments communs à toute l'humanité, d'intéresser ainsi tous les hommes. Le type obtenu de la sorte sera celui d'un homme isolé, sans famille, sans milieu, sans contrée géographique et démographique, sans nation, livré sans frein à toutes les passions et à tous les désirs, libre et égal à lui-même dans tous les temps et dans tous les pays, homme abstrait, qui, en réalité, n'existe pas et n'est qu'une fiction qui ne sert à rien.

La science juridique qui est purement sociale et positive, doit avoir affaire uniquement aux faits nus, tels qu'ils se présentent à nos sens. Elle n'a point besoin d'abstractions, d'imagination et de fictions. Elle doit fonder ses investigations sur des réalités que l'on peut toucher, voir, entendre. En procédant ainsi, elle doit s'abstenir de faire des conclusions valables à tout jamais, capables d'englober toute l'immensité variée des cas concrets, des situations, des caractères. En faisant des déductions, lesquelles ne doivent avoir lieu qu'à la suite d'un examen long, attentif et appliqué du plus grand nombre de cas possible et des cas les plus divers, elle doit procéder avec réserve et scepticisme, en laissant la porte ouverte à des corrections ultérieures qui peuvent surgir à tout moment, à la suite de nouvelles expériences.

En suivant cette méthode qui est la seule à adopter, la doctrine traditionnelle par rapport à la nécessité de la théorie de l'imprévision, nous semble incomplète, car elle perd de vue les situations autres que celles qu'elle envisage, et elle est, par conséquent, inexacte en ce qui concerne ces dernières.

Il faut bien reconnaître que l'on peut rencontrer dans la pratique des situations, où l'opinion du professeur CAPI-

1) Cité par M. MAGNAN de BORNIER, thèse précitée, p. 10-11.

TANT peut conserver toute sa valeur : l'hypothèse où le vendeur avait constitué les stocks nécessaires de marchandises et où l'acheteur, qui a passé de nouveaux marchés à la base du premier n'en peut être délié pour une raison ou pour une autre. Ou bien, l'hypothèse où la fortune personnelle de l'acheteur, bien qu'il n'ait fait aucun contrat nouveau, ne lui permet pas de supporter une augmentation du prix stipulé, tandis que la fortune personnelle du vendeur ne souffrira pas beaucoup de l'exécution du marché au prix primitif. Etc. — Mais dans l'hypothèse du marché en question, les perspectives sont tout à fait différentes. La maison B... avait stocké du rhum à livrer ; elle avait donc pris des précautions contre une hausse éventuelle. Cependant, survient la réquisition, et le rhum, au moment d'être livré, est enlevé par l'autorité militaire. Nulle imprudence ne peut être reprochée à la maison B... pour ne pas avoir logé du rhum dans ses entrepôts. Pour répondre à ses engagements vis-à-vis de M... et S..., elle se trouve contrainte d'acheter ailleurs au prix fort une égale quantité de rhum de la même marque. Cette dépense supplémentaire est-elle un manque à gagner ou une perte réelle ? Nul ne doute, sauf la doctrine traditionnelle, que ce soit une perte réelle ! — Quant à la situation de l'acheteur, l'arrêt précité ne dit nulle part qu'il ait passé de nouveaux marchés. Cette possibilité n'est envisagée qu'hypothétiquement : « les acheteurs..., eux-mêmes, ont pu prendre des engagements... » Alors, si, à la suite de la révision du contrat, les acheteurs M... et S... sont obligés de verser un prix supplémentaire, c'est bien là un manque à gagner et non pas une perte, parce que, s'ils n'avaient pas conclu ce marché, ils seraient obligés d'acheter ailleurs du rhum au prix nouveau et même plus cher, car la révision n'est jamais tout-à-fait proportionnelle à la hausse, à cause de l'aléa normal que l'on met à la charge du vendeur. Par conséquent, c'est plutôt le vendeur que l'acheteur qu'il eût fallu protéger, en l'espèce.

En admettant même que les acheteurs M... et S... aient conclu des marchés dépendant de l'exécution du marché en litige, il convient, avant de se prononcer sur la position à prendre à ce sujet, d'examiner si ces marchés peuvent, eux aussi, être adaptés aux nouvelles circonstances, et si non, si les acheteurs peuvent s'acquitter assez facilement

de leurs engagements, malgré la modification du marché en faveur de la maison B... (Il se peut, par exemple, que ce soit des spéculateurs qui ont accumulé des stocks de rhum dans leurs entrepôts ; etc., etc.).

La nécessité de la théorie de l'imprévision, qui n'est pas une simple hypothèse mais existe réellement dans certains cas concrets en matière de marchés à livrer, est plus incontestable encore dans les autres catégories de contrats. Le propriétaire qui a vendu sa récolte à l'abonnement éprouvera une perte réelle à chaque récolte nouvelle, puisque le prix de vente sera minime et le prix de revient écrasant ; le fournisseur de gaz qui sera tenu de continuer à extraire le gaz de la houille qu'il paie trois cents francs la tonne et de la vendre au prix d'avant la guerre de 1914-18, l'entrepreneur qui fera effectuer à grands frais des travaux rémunérés au tarif de 1914, subiront une perte véritable, un dommage énorme et dont le renouvellement sera fatalement ruineux. L'ouvrier qui s'est engagé à travailler pour un salaire d'avant-guerre, n'aura plus de quoi vivre s'il continue à travailler dans les mêmes conditions, en dépit de la baisse de la monnaie et de la hausse du coût de la vie... (1).

La nécessité de la théorie de l'imprévision se révèle, en outre, par les faits suivants : a) la jurisprudence des tribunaux et des Cours d'appel a essayé, à maintes reprises, d'introduire notre théorie, même après que la Cour de cassation l'avait déjà condamnée ; — b) une grande partie de la doctrine lui est favorable ; — c) le législateur a dû intervenir, en la consacrant, à titre exceptionnel il est vrai, pour éluder des suites fâcheuses qu'aurait eues la jurisprudence de la Cour de cassation sur les patrimoines d'innombrables contractants.

a) Les tribunaux de première instance, civils et surtout ceux de commerce, comme une partie de Cours d'appel, ont eu très souvent tendance à accueillir la théorie de l'imprévision soit dans une forme indirecte, en la confondant

1) Dans le même sens : GUEULLETTE (J.-E.), *Des effets juridiques de la guerre sur les contrats*, thèse précitée, p. 84, note 1^{re} ; — FYOT (Louis), *Essai d'une justification nouvelle de la théorie de l'imprévision*, thèse précitée, p. 155-162 ; — BRUZIN, thèse précitée, p. 67-74.

avec d'autres institutions juridiques (celle de la force majeure, par exemple), soit dans une forme directe.

Une des plus anciennes décisions dans laquelle le juge a eu recours à notre théorie est certainement celle du Tribunal de commerce de Rouen en date du 28 août 1843, confirmée par un arrêt de la Cour de Rouen, le 9 février 1844, en matière de transport accéléré par voiture entre Paris et Rouen, passé entre Dispot-Merlin, entrepreneur de Rouen, et Robillard et Cie, qui devaient être ses correspondants à Paris. Le trajet prévu était de 3 jours. Le contrat, conclu au mois d'avril 1842, lorsque la ligne de chemin de fer Paris-Rouen était à peine mise en construction, devait expirer dans un délai de deux ans, date à laquelle d'après les prévisions normales des parties contractantes, la ligne de chemin de fer devait être terminée. Cependant, comme les travaux de construction de la voie ferrée ont été accélérés d'une manière inattendue, elle fut terminée un an avant l'expiration du contrat de transport. Bien entendu, par suite de cette situation imprévue et imprévisible, Dispot-Merlin ne pouvait pas faire concurrence au chemin de fer et effectuer le service de roulage, auquel il s'était engagé, pour le même prix que le chemin de fer, prix qui était de 50 % moins élevé. La compagnie de Paris, ayant intérêt à payer le transport des marchandises de Rouen au tarif du chemin de fer, demandait la réduction du tarif convenu. Dispot-Merlin, de son côté, demandait la résiliation du contrat. — Le Tribunal, saisi du litige, raisonna comme suit : « Attendu que les diverses conditions d'exécution du traité passé verbalement ou par correspondance entre les parties sont loin d'être établies d'une manière claire et précise... Attendu que, si le chemin de fer était alors en construction, rien ne devait faire présager qu'il serait terminé aussi promptement ; que, en traitant pour deux années, Dispot-Merlin a dû raisonnablement penser que pendant ce laps de temps il resterait à l'abri de la concurrence du chemin de fer... Attendu qu'il paraît impossible que le camionneur puisse se procurer maintenant à Rouen assez de marchandises pour pouvoir alimenter un service de roulage », le Tribunal prononce la résiliation du contrat pour cause de force majeure (1).

1) Trib. com. Rouen, 28 août 1843, conf. Cour de Rouen, 9 février 1844, D. P., 1845.2.4.

A l'occasion de la guerre de Crimée, plusieurs Cours d'appel crurent pouvoir invoquer de nouveau le cas fortuit ou la force majeure pour prononcer la résiliation de nombreux contrats d'assurance dans la fameuse affaire des compagnies d'assurance contre les risques du tirage au sort, contrats intervenus entre les dites compagnies et les jeunes gens de la classe 1853 (1).

Pendant la guerre de 1914-18, les tribunaux recoururent au même subterfuge de la prétendue théorie de la force majeure pour résilier les contrats atteints par l'imprévision. La décision la plus souvent citée est celle du Tribunal de Loches, apportée le 21 janvier 1915. Il s'agissait d'un marché à livrer, conclu le 30 juillet 1914, et portant sur 1.600 quintaux métriques de farine, livrables par quantités égales sur huit mois à partir de septembre de l'année 1914. A la mise en demeure d'exécution, le minotier, qui avait été empêché par le défaut de matière première, en l'occurrence des blés nouveaux, de livrer de la farine, objecta, pour se soustraire à l'exécution du marché, l'état de guerre comme cas de force majeure. Il est bien certain, cependant, que l'exécution du marché n'était pas impossible, mais seulement plus onéreuse, d'ailleurs en matière de choses fongibles, l'impossibilité absolue ne se conçoit guère. Le Tribunal le considéra comme libéré de ses engagements, parce que le moratorium l'avait empêché de se procurer les fonds nécessaires pour acheter au comptant des blés nouveaux, conformément aux usages nouvellement introduits dans ce commerce. Le Tribunal mentionnait également la rareté des blés (et non pas leur absence totale) dans la région, rareté provoquée par les achats des commissions de ravitaillement, par la pénurie des chevaux de trait ; l'affectation presque continue du moulin à la fabrication de la farine pour la troupe, après entente amiable avec l'autorité militaire, entente qui équivalait, en fait, à une réquisition. Il insistait sur le fait que le minotier ne devait compter que sur le blé nouveau, qu'il n'était pas tenu d'en avoir en magasin, et qu'il s'était engagé à l'époque d'avant-guerre, où toutes ces entraves et ces achats au comptant n'existaient pas (2).

1) Voir le renvoi à cette jurisprudence, *supra*, p. 344, note 1re.

2) Trib. civ. de Loches, 21 janvier 1915, infirmé Orléans,

D'une manière directe et en se basant sur la volonté tacite des parties ou sur la notion d'équité et de bonne foi, la juridiction inférieure a fait appel, à maintes reprises, à la théorie de l'imprévision. Un des premiers jugements dans ce sens est celui du Tribunal d'Aix suivi de l'arrêt de la Cour d'Aix au sujet de l'affaire du Canal de Craponne (1). Pendant la guerre de 1870 et celle de 1914-18, leur nombre s'est multiplié et on les retrouve dans presque toutes les matières : dans celle des contrats de travail (2), des marchés à livrer (3), des marchés de fournitures (4), des baux à loyer (5), des baux à cheptel de fer (6) ; etc.

Enfin, certaines décisions ont pris en considération la théorie de l'imprévision, non pas pour l'appliquer aux effets juridiques du contrat (résiliation, revision, suspension), mais pour déterminer le chiffre des dommages et intérêts en raison de l'inexécution fautive du contrat par le débiteur. C'est en quelque sorte un correctif au rejet de la théorie de l'imprévision. Voici la technique de ce procédé : le tribunal constate d'abord que le cas de force majeure, auquel le demandeur fait appel, n'est pas en jeu et prononce la résiliation du contrat pour inexécution fautive. Mais, au lieu d'allouer au créancier la totalité du préjudice causé par l'inexécution, en vertu de l'art. 1149 du Code civil, il déclare que, toutefois, en raison des circonstances,

24 juin 1915, D. P. 1916.2.104 ; S. 1916.2.20. — Comp. : Trib. com. du Havre, 4 juin 1852, infirmé Rouen, 18 novembre 1852, D. P. 1853.2.126 ; S. 1852.2.234 ; — Trib. com. Bordeaux, 18 mai 1852, infirmé Bordeaux, 26 août 1852, D. P. 1853.2.105 ; — Trib. com. Lyon, 17 septembre 1852, infirmé Lyon, 8 avril 1853, S. 1853.2.307 ; — Trib. com. Seine, 15 mai 1872, infirmé Paris, 22 mai 1872, arrêt conf. Cass. Req., 27 janvier 1875 D. P. 1875.1.264.

1) Voir *supra*, p. 347, note 1re.

2) Nancy, 14 juillet 1871, deux arrêts, D. P. 1871.2.158 ; S. 1873.2.38 ; — Trib. com. de Toulouse, 1^{er} juin 1915, précité *supra* à propos de l'affaire des ateliers de couture, p. 347-350.

3) Trib. com. Rouen, 18 décembre 1919, D. 1920.2.33, 2^e espèce.

4) Trib. com. Seine, 27 avril 1915, conf. Paris, 8 janvier 1916, S. 1916.2.39 ; — Trib. com. Vire, 24 mai 1916, infirmé Caen, 15 novembre 1916, D. P. 1918.2.4.

5) Trib. civ. Gap, 5 mai 1922, D. 1923.2.17.

6) Voir *supra*, à propos de l'affaire des baux à cheptel de fer, p. 350 et suiv.

l'exécution ayant présenté une difficulté exceptionnelle pour le débiteur, il y a lieu de réduire le montant des dommages et intérêts à un chiffre inférieur à celui du préjudice constaté, en procédant « *ex æquo et bono* » (1).

S'il existe une scission entre la Cour de cassation et la juridiction inférieure au sujet de la théorie de l'imprévision, et si la seconde, à la différence de la première, lui est si souvent favorable, et si parfois elle persiste à la traiter ainsi, en dépit de la position d'hostilité déjà prise par la Cour suprême (2), ce fait ne peut être qu'à l'avantage de notre théorie, car cela prouve, une fois de plus, la nécessité de l'admettre dans le système du Droit civil positif. La juridiction inférieure, étant en contact direct avec les intérêts et les désirs des justiciables, les voit et les sent plus nettement et plus rapidement qu'une juridiction trop élevée, devant laquelle les justiciables ne paraissent même pas en personne et dont la séparent deux instances préalables, fait qui l'empêche de percevoir aussi bien le courant des réalités sociales (3).

b) Une partie considérable de la doctrine représentée par les autorités telles que celles de : LAROMBIÈRE (4), René DEMOGUE (5), Maurice HAURIOU (6), François GÉNY (7), Gas-

1) Voir : Trib. com. Rouen, 27 mars 1871, inf. Rouen, 26 juin 1871 et Req., 13 février 1872, D. P. 1871.3.54 et 2.177 ; D. P. 1872.1.185 ; — Dijon, 16 janvier 1872, D. P. 1872.2.39 ; — Angers, 23 février 1872, D. P. 1872.2.185 ; — Trib. com. Marseille, Gaz. Pal., 18 mai 1918 ; — Trib. civ. Seine, 30 novembre 1915, S. 1916.2.40, D. P. 1917.2.6 ; — Trib. civ. Montmorillon, 3 janvier 1915, Gaz. Pal. 31 août 1917 ; 8 juillet 1918, Gaz. Pal. 23 octobre 1918 ; — Cour de Paris, 16 mai 1923, conf. par Cass. Req., 21 juin 1926, D. Hebd., 1926, p. 420.

2) Par exemple, en matière de baux à cheptel de fer. — Voir *supra*, p. 350 et suiv.

3) Dans ce sens : CRUET (Jean), *La Vie du Droit et l'impuissance des lois*, op. cit., p. 74 ; — BRUZIN, thèse précitée, p. 170.

4) LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, t. IV, Paris, 1885, nouvelle édition, Chap. V, Art. 1234, n° 4, p. 56.

5) DEMOGUE (René) *Traité des obligations en général*, t. 6, op. cit., n° 634 et suiv. ; — *Les Notions fondamentales du droit privé*, op. cit., p. 92-93 ; — *Des modifications aux contrats par volonté unilatérale*, Revue trim. de droit civil, 1907, p. 245 et suiv.

6) HAURIOU (Maurice) *L'imprévision et les contrats dominés par les institutions sociales*, op. cit.

7) GÉNY (François), *La validité juridique de la clause*

ton MORIN (1), Julien BONNECASE (2), Albert WAHL (3), Georges RIPERT (4), René CASSIN (5), Henri de PAGE (6) et toute une pléiade de jeunes docteurs (7), — plaide pour l'admission de la théorie de l'imprévision. Si elle n'est pas unanime sur les détails et les modalités de cette admission, sur le principe elle est bien d'accord. Il serait donc injuste et trop grave de lui reprocher de s'être trompée sur la nécessité de l'institution dont elle réclame la consécration.

c) Enfin, les mesures législatives spéciales prises depuis la guerre mondiale jusqu'à celle de 1939-40 inclusivement, c'est-à-dire jusqu'au moment où nous rédigeons ces lignes, mesures dont le nombre augmente constamment, ne peuvent que confirmer la nécessité impérieuse de la théorie de l'imprévision.

3. — Le dernier obstacle que la doctrine traditionnelle oppose à l'admission de la théorie de l'imprévision, est la théorie de l'autonomie de la volonté. Elle ne peut pas admettre que la « volonté arbitraire du juge » puisse corriger la « volonté claire et précise des parties contractantes ».

« payable en or » dans les contrats entre particuliers français en temps de cours forcé, *Revue trim. de droit civil*, *op. cit.*, p. 574.

1) MORIN (Gaston), *La Loi et le Contrat, la décadence de leur souveraineté*, Paris, 1927, p. 65-92.

2) BONNECASE (Julien), *Précis de droit civil*, t. II, 1934, nos 382-388, p. 344-352 ; — *Supplément au Traité théorique et pratique de droit civil de G. Baudry-Lacantinerie*, t. I, 1924, nos 157 et suiv., p. 286-298 ; t. III, 1926, nos 295-316, p. 577-629.

3) WAHL (Albert), *La guerre considérée comme force majeure, spécialement en matière de vente de marchandises*, *Revue trim. de droit civil*, 1915, p. 383 et suiv. ; — *Note au Sirey*, S. 1916.1.17 ; — *Le droit civil et commercial de la guerre*, t. II, Paris, 1918.

4) RIPERT (Georges), *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, 1935, nos 74-88, p. 137-167.

5) CASSIN (René), *Intervention dans la discussion en séance de la Semaine Internationale de droit*, dans *Travaux de la Semaine Internationale de droit*, Paris, 1937, p. 211-213 ; — *Suspension, rupture et revision des contrats*, *Cours spécial de doctorat*, année 1937-38, Paris.

6) De PAGE (Henri), *De l'interprétation des lois*, t. II, 1925, Bruxelles-Paris, p. 192-196 ; — *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, Bruxelles-Paris, 1934, nos 574-580 ; p. 490-500.

7) La plupart de leurs thèses sont citées dans la présente étude.

Le juge doit s'incliner devant la loi des parties, comme il doit le faire devant la volonté du législateur, à condition, bien entendu, que la première soit conforme à la seconde. Or, étant donné que le législateur n'a pas consacré la théorie de l'imprévision, tout contrat atteint par elle, doit être régi uniquement par la volonté des contractants ; celle-ci n'ayant rien prévu pour un cas d'imprévision, est censée avoir voulu conserver l'intangibilité du contrat, quoi qu'il arrive (1).

Ce grief est basé sur une pure fiction et est le moins soutenable de tous. La théorie de l'autonomie de la volonté, où il puise toute sa force, est la plus erronée des théories (2). La loi n'est pas la création du législateur, mais la résultante des forces sociales qui l'imposent au législateur. Le contrat n'est pas la création de la volonté des particuliers, mais l'expression de leurs besoins économiques et autres. Le juge n'est pas un organe réalisant aveuglément les ordres du législateur, mais un organe créateur du droit nouveau, provenant des mêmes sources que celui qu'élabore le législateur. Si les nécessités sociales imposent l'institution de l'imprévision, pourquoi le juge s'abstiendrait-il de la consacrer et surtout, pourquoi serait-il obligé d'attendre que le législateur le fasse le premier ? Mais, une fois que le juge a créé la règle juridique de l'imprévision, même si ce n'est que pour un cas concret, la volonté des parties se trouve aussitôt en contradiction avec le droit objectif, auquel elle doit se conformer. On nous dira, peut-être, qu'aucune règle juridique, sauf celle qui concerne l'ordre public et les bonnes mœurs, ne peut avoir un effet rétroactif. Dans notre cas, cet effet se produit, en régissant un contrat conclu bien avant l'intervention du juge ! D'accord. Mais dans notre cas, le principe de la non-rétroactivité des lois n'a plus de raison d'être. On sait bien que celui-ci n'existe que pour garantir la sécurité dans les affaires et pour éviter des surprises. Or, nous avons démontré que la théorie de l'imprévision a le même but que lui. Par conséquent, du moment que le but cherché est atteint, le principe devient inutile, parce qu'autrement il serait en désaccord avec lui-même.

1) Voir la jurisprudence de la Cour de cassation, *supra*, p. 343-368 ; — CAPITANT, Note au Dalloz, précitée ; — GIBOULET, Note au Dalloz, précitée.

2) Voir *supra*, p. 315-335.

Au reste, dans la plupart des cas d'imprévision, la déclaration de volonté des contractants, étant muette à ce sujet et les autres indications : nature, durée, façon dont le contrat est rédigé, mentalité, profession, nationalité des parties, caractère exceptionnel des circonstances imprévues, ne démontrant pas que les parties s'y soient attendues, l'intervention du juge (ou du législateur) ne « viole » pas leur volonté, car elle est inexistante. En adaptant le contrat au nouvel état de choses, le juge le soumet au régime d'une règle juridique objective et nullement à sa propre volonté (1). Cette règle juridique nouvelle, qu'il vient d'élaborer, n'a pas d'effet rétroactif, parce que le contrat n'est plus le même. Il est infecté par un événement imprévu, qui a rendu le risque normal à courir, anormal. Il est devenu malade et le bacille vient du dehors. En le guérissant, le juge tue le bacille et conserve la santé du malade, en lui rendant son état de santé normal. En d'autres termes, en préservant la victime de l'imprévision d'une perte énorme résultant de l'aléa extraordinaire, le juge lui inflige une perte normale, s'ensuivant de l'aléa ordinaire, qui était seul raisonnablement prévisible lors de la confection du contrat.

Comme conséquence de tout ce qui vient d'être dit, la doctrine de la Cour de cassation repose sur des données n'ayant en elles rien de réel. Toutefois, si critiquable soit-elle, on ne peut pas discuter son caractère juridique. En droit, elle est tout à fait correcte, parce que c'est elle qui a créé ce droit. Nous avons beau démontrer que la théorie de l'imprévision est hors du cadre du Code civil, tout arrêt de jurisprudence devenu exécutoire et produisant les effets juridiques qui en résultent, représente l'application d'une règle de droit à un cas d'espèce. Cette règle de droit, égale à elle-même et irréprochable de ce chef, peut cependant, ne pas être conforme au courant des réalités sociales. Et si on peut parler d'une révolte des faits contre le droit (2), c'est bien ici le cas de la mentionner.

1) Dans ce sens : SALEILLES (Raymond), *De la déclaration de volonté*, op. cit., p. 203, n° 21.

2) Voir : MORIN (Gaston), *La révolte des faits contre le Code*, Paris, 1920 ; — CRUET (Jean), *La Vie du Droit et l'impuissance des lois*, Paris, 1920 ; — BONNET, *Le droit en retard sur les faits*, Paris, 1930.

TITRE II

Ecole évolutionniste d'interprétation des lois

L'Ecole classique d'interprétation des lois n'a vu dans les règles juridiques, qu'une expression de la volonté du législateur et, lorsque cette volonté lui a paru faire défaut en face des problèmes nouveaux à résoudre, elle a eu recours à la fiction d'une volonté tacite du législateur, en disant que telle aurait été sa volonté s'il avait envisagé, lors de l'élaboration de la loi, le problème se posant à présent. Ce procédé a permis d'imputer au législateur des idées tout à fait étrangères à son esprit et de dissimuler l'œuvre créatrice de la jurisprudence sous l'étiquette d'une volonté imaginaire du législateur, en se servant de constructions ingénieuses et tortueuses. Pour corriger ces erreurs, l'Ecole évolutionniste, fondée, en France, par feu le professeur Raymond SALEILLES, a remplacé l'hypocrisie par le franc jeu (*fair play*), en revisant, en premier lieu, la conception traditionnelle de la loi.

Une fois émise par le législateur, la loi se sépare de la volonté de celui-ci, entre dans le tourbillon de la vie sociale et devient un fait, un être particulier, ayant sa propre existence, qui ne dépend plus de son créateur. Elle se transforme, se modifie et se plie sous l'influence de la réalité qui évolue sans cesse. Alors, au lieu d'être conçue comme un acte de volonté, inorganique et mort, pour ainsi dire, quelque peu après sa naissance, la loi doit être considérée comme un être vivant faisant partie du grand organisme social auquel elle doit sa naissance et dans lequel elle puise ses forces vitales.

En conséquence, lorsqu'il s'agit de résoudre un problème dépassant le cadre des dispositions légales prises à la lettre, il faut que l'interprète entreprenne une étude appliquée de la réalité économique et sociale du présent, afin de constater dans quelle mesure elle a évolué depuis le moment où la loi positive a été promulguée. Le résultat obtenu lui indiquera si la lettre de la loi peut ou ne peut plus régir la matière en question. Dans le cas, où elle est impuissante à donner une solution quelconque au problème nouveau, parce que l'état social qui lui avait servi de plate-forme a

complètement changé, l'interprète doit alors procéder à une adaptation des dispositions légales conformément à l'évolution du milieu pour lequel elles sont faites, évolution qu'il vient de constater par son examen préalable des faits. Cette « adaptation de la loi, disait R. SALEILLES, se moule en quelque sorte à la plasticité des éléments auxquels elle s'applique ; de sorte qu'elle devient, elle-même, un organisme qui se développe et qui porte ses fruits, précisément par l'interprétation incessamment progressive qui en est faite. Le juge, loin d'être l'instrument passif que l'on prétend, est le régulateur de la vie sociale, dans ses rapports avec la loi » (1).

En effet, la transformation des textes légaux se produit indépendamment du juge, puisque ce sont des faits sociaux qui suivent le sort de tous les autres faits sociaux. Le rôle du juge consiste donc dans son devoir de constater et de marquer dans quel stade se trouve cette transformation au moment où il doit appliquer la loi à un cas concret. Bien qu'il vivifie un texte existant par un contenu nouveau et qu'il modifie, en réalité, la rédaction primitive de la loi, il ne fait que l'interpréter et n'en crée théoriquement rien. La solution nouvelle n'est pas extra-légale ; elle doit être tirée de la loi, parce que celle-ci, modifiée sous la pression des faits, la contient. Voilà la raison pour laquelle l'Ecole évolutionniste n'abandonne jamais la loi, quelque originale que soit la solution à apporter : celle-ci doit toujours avoir pour appui un article du Code. « Au-delà du Code civil, mais par le Code civil » — fut la devise de l'Ecole de SALEILLES (2). « Le Code civil restera ainsi encore le Code de la démocratie, tel qu'on a voulu le faire en 1804, mais imprégné désormais des idées sociales qui doivent caractériser la démocratie de 1904 » (3).

Pour ne pas s'exposer à la critique d'être subjectiviste, l'Ecole évolutionniste a pris des précautions. Elle recom-

1) SALEILLES (Raymond), *De la déclaration de volonté*, op. cit., p. 214, n° 43.

2) Voir : SALEILLES, Préface à l'ouvrage de M. Gény, *Méthode...*, cité, p. XIII.

3) Voir : SALEILLES, *Le Code civil et la méthode historique*, Extrait du Livre du Centenaire, Paris, 1904, p. 35.

mande au juge de ne pas procéder à l'adaptation des textes de façon à tromper la croyance moyenne. Il faut que l'interprétation du juge soit telle que tout le monde puisse la réaliser, en se plaçant dans l'état actuel, et dans les conditions sociales où vivent ceux à qui la loi s'applique. S'il en était autrement, l'application de la loi risquerait d'être une surprise pour tous ; elle resterait une menace perpétuelle pour les intérêts privés. Et c'est ce qui arriverait, si le juge n'avait qu'à faire la preuve de la volonté du législateur. Car, à supposer qu'il puisse la connaître à force de recherches plus ou moins compliquées, il est bien certain que les particuliers, pour qui la loi est faite, en sont incapables : toutes les surprises seraient pour eux, ou contre eux. Il faut, pour qu'ils puissent interpréter eux-mêmes la loi, comme le juge doit le faire, que cette interprétation repose tout entière sur le présent, et sur les conditions sociales au milieu desquelles vivent les intéressés, sans avoir besoin d'invoquer aucun élément tiré du passé. Autrement dit, le juge, avant de résoudre le problème posé, doit examiner à fond les nécessités du moment, en sa qualité d'économiste et de sociologue, qualité nouvellement acquise. Plus son étude est complète, mieux il a saisi l'objectif des réalités économiques, sociales, morales, psychologiques et toutes autres et moins il a surpris les particuliers, qui sentent, s'ils ne les connaissent, les tendances de leur époque, parce qu'ils en font partie (1).

L'Ecole évolutionniste, quoique très attrayante et sympathique par l'image poétique qu'elle donne de la loi, ne nous semble pas reposer sur des bases bien solides. Elle a eu le mérite de démasquer la fiction de la volonté du législateur, dont se servait l'Ecole classique pour expliquer les créations nouvelles du juge. Mais elle a eu le tort de négliger et même de combattre le fait de l'existence de cette volonté, quand elle est réelle.

Pratiquement, elle est, peut-être, capable de fournir des solutions assez satisfaisantes. Théoriquement, elle n'est, cependant, qu'un trompe-l'œil.

L'œuvre de R. SALEILLES est inspirée de la pensée ju-

1) SALEILLES, *Méthode historique et codification*, op. cit, p. 19-21.

ridique allemande et a eu pour objet principal l'étude du Code civil allemand de 1900. Or, ce Code est élaboré d'après des idées et des principes tout différents de ceux qui ont guidé les rédacteurs du Code civil français de 1804. Un siècle de distance entre les deux promulgations est suffisant pour que l'on n'observe pas sous le même angle, les deux codes. Ce serait, d'ailleurs, très peu conforme à la méthode historique positive, sur laquelle SALEILLES, lui-même, insiste avec tant de ferveur, dans tous ses ouvrages. En s'adressant aux jurisconsultes, il leur dit, notamment, ceci : « Soyez de bons historiens ; de bons historiens du passé, cela va de soi, mais surtout et avant tout de bons historiens de votre temps et du présent » (1). Justement un bon historien, disons-nous, ne doit pas appliquer la même méthode aux codes nés dans des ambiances aussi différentes que celles du Code civil français et du Code civil allemand (ou du Code civil suisse, ou du Code civil polonais).

Le code civil français est issu, on le sait bien, de la Révolution française et est animé des idées de la philosophie individualiste et rationaliste, ainsi que des idées de l'Ecole libérale en matière d'Economie politique, idées qui régnaient en 1804. Il en résulte que pour saisir le véritable sens de ses dispositions, il n'y a qu'un moyen : remonter à l'époque où il a été édicté. Lorsqu'un cas nouveau se présente, il faut que l'interprète se demande si les mêmes idées que celles d'autrefois subsistent en la matière. Si oui, il faut appliquer les textes du Code. Cette opération s'appelle : interprétation de la loi. Si non, il faut élaborer une règle nouvelle, au-delà et à côté du Code, règle que réclame l'originalité de la matière. Cette opération s'appelle : création du droit nouveau moyennant une libre recherche scientifique. « Par le Code civil, mais au-delà du Code civil » — telle doit être la devise d'une véritable méthode positive d'interprétation (2). Elle seule peut nous permettre de conserver intact le grand monument de Codification qu'est celui du Code Napoléon et de satisfaire, d'autre part,

1) SALEILLES, *Méthode historique et codification*, op. cit. p. 22.

2) C'est notamment celle de M. Fr. GÉNY, que nous avons, avec certaines réserves, entièrement adoptée dans la présente étude.

les besoins nouveaux, devoir que nous impose le présent. Si on admettait le bien fondé de l'Ecole évolutionniste, en assouplissant les textes du Code, on serait contraint de mettre, par exemple, à la place des dispositions régissant la matière des contrats de louage de services, inspirées de l'idée égalitaire, celles du contrat de travail d'à présent qu'anime une idée tout à fait inverse : celle de la protection du plus faible contre le plus fort, alors qu'en d'autres matières l'idée égalitaire reste aujourd'hui encore intacte (en matière de partage, par exemple) ! De quoi aurait l'air le Code Napoléon, ainsi remanié ? Ce serait un monstre historique, composé de dispositions incohérentes et contradictoires, sans système, sans fil directeur, détaché du sol et suspendu en l'air.

La loi n'est pas un fait social qui se transforme. A l'ordinaire, elle exprime le point final et le début de deux ères historiques qui se suivent. Elle est la création des faits en ce qui comprend le passé et de l'intelligence en ce qui concerne l'avenir. On ne peut pas dire qu'elle soit de caractère statique, par rapport aux perspectives qu'elle dessine à l'égard de l'avenir. Elle donne lieu à l'évolution, mais la canalise et lui impose d'avance une direction déterminée. L'évolution, ainsi projetée se déroule tranquillement jusqu'à ce que les faits prennent une direction autre que celle qu'a voulue l'intelligence. A ce moment-là, la loi prend un caractère statique et entre de plus en plus en opposition avec la vie. Et lorsque cette opposition devient menaçante pour l'ordre et pour la paix sociale, une nouvelle loi ou règle juridique doit prendre la place de l'ancienne (1). — L'Ecole évolutionniste ne permet pas de constater dans quelle mesure une loi a accompli sa mission sociale, car elle la confond avec la société prise dans son aspect général et continu et non pas dans ses stades successifs, qui seuls expriment la vie d'une manière tangible, et renverse par là la notion de la loi.

D'autre part, du moment que l'on permet à l'interprète de remanier la loi écrite, en l'accommodant aux besoins du jour, il est difficile de comprendre pourquoi il

1) Voir : HAURIOU (Maurice), *L'ordre social, la justice et le droit*, Revue trim. de droit civil, 1927, p. 45 et suiv.

faut conserver encore ce semblant de règle impérative, qui n'est plus qu'un obstacle et une entrave, sans portée utile (1). Si la science nous démontre que les cadres pré-existants ne concordent plus avec la vie et que celle-ci réclame un changement de la loi, à quoi bon continuer à croire que la loi, après l'avoir perdue, conserve quand même sa valeur ? Si ce n'est que pour donner une illusion de sécurité aux particuliers pouvant souffrir du changement brusque de la loi, il n'en est rien. Cette sécurité est suffisamment garantie par l'examen objectif et impartial qui a précédé le remaniement. Si cet examen est porté à les tromper, la simple étiquette d'un article du Code, dont le contenu est abrogé, ne sera pas en état de les rassurer (2).

En confondant le problème de l'interprétation des lois avec celui de la création du droit nouveau, l'Ecole évolutionniste a commis la même erreur que l'Ecole classique. Pourtant, par rapport à cette dernière, elle représente un pas en avant. Elle a reconnu franchement que la loi est nécessairement incomplète, en combattant avec succès la fiction de la plénitude de la loi écrite. C'est probablement en

1) Voir : GÉNY, *Méthode*, *op. cit.*, t. II, p. 252.

2) Quant à la critique de M. GÉNY observant que le système de l'assouplissement des textes, tel qu'il a été conçu par R. Saleilles, prête à l'arbitraire, car il faut savoir en quel sens, jusqu'à quel point, par quels procédés, la loi doit être pliée aux faits (GÉNY, *op. cit.*, t. II, p. 251), — elle n'est pas fondée, parce que la méthode de SALEILLES correspond sur ce point tout à fait à la sienne, c'est-à-dire, à son procédé de la libre recherche scientifique sur la nature des choses positives. Voir : GÉNY, *op. cit.*, t. II, p. 75-231. — Outre la critique de M. Gény, adressée à l'Ecole évolutionniste, voir : CHARMONT et CHAUSSE, *Les interprètes du Code civil*, Livre du Centenaire du Code civil, t. I, p. 172 ; — CHARMONT (Joseph), *Sources du droit positif à l'époque actuelle*, Extrait de la Revue de Métaphysique et de Morale, 1905, p. 16 ; — GAUDEMET (Eugène), *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, *op. cit.*, p. 69-70.

D'un autre côté, elle a eu un succès remarquable. — Voir : MORIN (Gaston), *La révolte des faits contre le Code*, *op. cit.*, p. 139 ; — CRUET (Jean), *La vie du droit et l'impuissance des lois*, *op. cit.*, p. 62 ; — De PAGE (Henri), *De l'interprétation des lois*, *op. cit.*, t. I et II ; — DU MÊME AUTEUR : *Traité élémentaire de droit civil belge*, *op. cit.*, t. I, p. 11-18, p. 203 ; — Van der EYCKEN (Paul), *Méthode positive de l'interprétation juridique*, *op. cit.*, p. 205 et suiv. (Méthode consistant dans la recherche

cela que consiste son *fair play*. Si elle a commis l'erreur ci-dessus indiquée, cela ne peut s'expliquer que par la nature de l'évolution du raisonnement humain, qui est contraint de faire des détours inutiles avant d'atteindre la lumière de la vérité. Dans cet ordre d'idées, succédant à l'Ecole classique, elle a préparé l'avènement de l'Ecole positiviste, qui, à son tour, aura, sans doute, à subir certaines retouches et amendements.

Lorsque s'est ouverte la discussion sur le problème de l'imprévision, tous les auteurs, désireux de voir admettre la nouvelle institution par la jurisprudence, avant que le législateur ne la consacre, ont essayé, pour justifier la nécessité de son admission, de lui trouver une base juridique soit dans un des articles du Code, soit dans une des créations prétoriennes de la jurisprudence, intervenues dans les domaines voisins à celui de l'imprévision. Ils ont plaidé pour une interprétation extensive des règles de droit en vigueur, y étant conduits par l'enseignement si attrayant de l'Ecole évolutionniste relativement à l'interprétation des lois.

Passons maintenant à l'exposé de ces efforts de la doctrine et à leur appréciation critique.

Section A

THÉORIE DE L'EQUITÉ ET DE LA BONNE FOI

1. — La presque totalité des auteurs qui se sont occupés de l'imprévision ont soutenu que l'Equité et la Justice fondamentales commandent son introduction dans le système du Droit civil positif. Seulement, tandis que les uns se sont contentés de la seule notion d'Equité, comme fondement suffisant de la thèse de l'imprévision, à l'instar de

du but social du texte légal) ; — SPASSOIEVITCH (Jivan), *L'analogie et l'interprétation, Contribution à l'étude des Méthodes en droit privé*, thèse, Paris, 1911, p. 159 ; — ROBINE (Luc), *L'interprétation des Textes exceptionnels en Droit civil français*, thèse, Bordeaux, 1933, p. 195. — En 1904, le premier président de la Cour de cassation, BALLOT-BEAUPRÉ, se prononça dans son discours fait à l'occasion des fêtes du Centenaire du Code civil, pour l'Ecole évolutionniste, en ces termes : « Le juge ne doit pas s'attacher à rechercher obstinément quelle a été, il y a cent ans, la pensée des auteurs du Code en rédigeant tel ou tel article. Il

M. BONNECASE (1) et R. DEMOGUE (2), les autres, considérant l'Équité comme un concept trop vague et imprécis, ont poussé leurs recherches plus loin (3).

Le Code civil français de 1804 a énoncé, en effet, à titre général pour les contrats, le principe de l'Équité. Dans son article 1135, il a prescrit : « Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ». On s'aperçoit aussitôt que cette disposition, bien qu'elle n'y soit pas intégrée, fait partie de celles qui réglementent la matière de l'interprétation des conventions (art. 1156 à 1164). Lorsque la convention n'a pas précisé quels sont tous les effets qui doivent s'ensuivre, l'interprète doit, pour les dégager, se référer à l'équité, à l'usage et à la loi.

La loi et l'usage ne donnent pas lieu à l'application de la théorie de l'imprévision. Que dire de l'Équité ? Avant de répondre, il faut savoir d'abord quelle signification l'on donne d'habitude à cette notion et quel est, en réalité, son véritable sens.

La presque unanimité de la doctrine voit dans l'Équité et dans la Justice des règles superlégales, des règles idéales que la Technique, dans son impuissance et son imperfection, n'a pu et ne peut toutes exprimer par ses procédés d'élaboration du droit positif : loi, coutume, jurisprudence. Elles se trouvent donc en dehors ou plutôt en marge du droit en vigueur, mais elles ne sont pas sans rapport avec lui. Au contraire, au fur et à mesure que la raison ou l'instinct les découvre et que la Technique, en se perfection-

doit se demander ce qu'elle serait si le même article* était rédigé aujourd'hui par eux. Il doit se dire qu'en présence de tous les changements qui, depuis un siècle, se sont opérés dans les idées, dans les mœurs, dans les institutions, dans l'état économique et social, la justice et la raison commandent d'adapter libéralement, humainement, le texte aux réalités et aux exigences de la vie moderne ». (Livre du Centenaire du Code civil, Paris, 1904, p. 27).

1) BONNECASE (Julien) *Supplément au Traité théorique et pratique de Droit civil de G. Baudry-Lacantinerie*, op. cit., t. III, p. 626, n° 315 ; — DU MÊME AUTEUR : *Précis de Droit civil*, op. cit., t. II, p. 35, n° 387.

2) DEMOGUE (René) *Traité des obligations en général*, op. cit., t. 6, p. 698, n° 637.

3) Voir : BRUZIN, thèse précitée, p. 314-317.

nant, réussit à les formuler, le droit positif subit continuellement leur influence, de sorte que plus une société est vieille, plus forte est la dose d'Équité et de Justice intégrée dans l'ordre juridique. Toutefois, il reste toujours une part inaccessible, purement idéale et irréalisable, à laquelle la société tendra sans jamais l'atteindre. C'est ce qui rend d'ailleurs le progrès possible, sans quoi la vie sociale serait condamnée à l'immobilité et à la mort. Ce phénomène se produirait nécessairement le jour où tous les individus deviendraient parfaitement égaux à tous points de vue, car la raison d'être de la Justice et de l'Équité, comme celle du Droit, réside dans l'existence de l'inégalité : si tout le monde était égal, il n'y aurait plus rien à égaliser (1).

La scission dans la doctrine s'est produite lorsque s'est posée la question de savoir si la Justice et l'Équité sont à caractère immuable, fixé à tout jamais, ou bien, variable et changeant. Deux écoles à tendances diamétralement opposées sont nées à ce sujet : l'Ecole idéaliste et l'Ecole évolutionniste. D'après la première, la Justice, étant un idéal suprême, est une notion primaire, irréductible, invariable, éternelle et universelle ; elle alimente le progrès des institutions juridiques par l'intermédiaire de l'Équité, cette « branche détachée du grand arbre de la Justice », qui la réalise et la concrétise, en l'accommodant aux besoins des divers milieux sociaux et des époques historiques, tout en conservant son caractère universel (2). — D'après la seconde, la Justice est à contenu variable, parce qu'elle s'applique à une matière contingente et molle et sans cesse changeante, formée par les doctrines historiques et empiriques de la vie sociale (3).

1) Voir : PLATON, *Les lois*, trad. V. Cousin, Paris, 1831, liv. VI, p. 316-318.

2) Voir : GÉNY, *Méthode*, *op. cit.*, p. 107-113 ; — DU MÊME AUTEUR : *Science et Technique en Droit privé*, t. I, 1914, p. 49-50, t. II, 1915, p. 351-422 ; et t. IV, 1924, p. 213-265 ; — *Les procédés d'élaboration du droit civil*, Leçon faite au Collège libre des sciences sociales, le 10 janvier 1910, pp. 6 et 15. — Comp. DUGUIT (Léon), *Traité de Droit constitutionnel*, t. I, 3^e éd., p. 120-123.

3) Voir : SALEILLES, *Ecole historique et droit naturel*, Revue trim. de droit civil, 1912, p. 80 ; — MARKOVITCH (Bojidar), *Essai sur les rapports entre la notion de justice et l'élaboration du droit privé positif*, thèse, Paris, 1930, p. 78-79. — Cette idée fut exposée

La divergence d'opinion sur le caractère de la Justice et de l'Équité, nous est totalement indifférente. Ce qui importe pour nous, c'est que l'ensemble de la science juridique considère que ces principes sont tout autre chose que ceux du Droit, leur étant supérieurs et en dehors de leur cadre. Ce trait commun est exprimé à merveille dans la célèbre phrase de M. Fr. GÉNY : « Il faut, dit-il, chercher en dehors et au-dessus des faits, la loi de leur harmonie » (1). C'est l'éternelle opposition de la Justice et du Droit, que l'on nous a répétée depuis les Romains. Nous souvenons-nous encore du brocard de CICÉRON : *Summum jus, summa injuria*, et de celui de PAUL : *Non ex regula jus sumatur, sed ex jure quod regula est* ? (2)

A notre sens, c'est confondre et renverser toutes les idées que de séparer la Justice du Droit. Une distinction préalable s'impose avant tout à l'esprit. Il faut discerner notamment la Justice et l'Équité, et l'idée de Justice et d'Équité. La Justice et l'Équité ne sont que des synonymes du Droit positif, du droit en vigueur. L'idée de Justice et l'idée d'Équité sont des synonymes de l'idée de Droit qui se dégage de l'examen et de l'étude des faits qui précèdent l'élaboration d'une règle juridique quelconque : d'un Code, d'une Loi, d'une Coutume (qui est du reste spontanée comme l'Usage) ou d'une Décision de Jurisprudence. C'est, en d'autres termes, l'état où l'indicatif forme une idée, prête à agir, qui est en train de devenir un impératif, mais avant qu'elle le devienne. Nous savons bien que la Science, qui s'occupe de nous révéler des différentes données, n'est qu'une constatation, qu'un enregistrement, nous indiquant ce qu'il faut faire. Avant de passer à l'action, nous acquérons une idée du juste, c'est la conclusion de nos recherches sur la nature des choses positives, qui,

pour la première fois par le jurisconsulte allemand, STAMMLER. Voir sur sa doctrine : GÉNY, *Science et Technique*, t. II, p. 127 et suiv.

1) Voir : GÉNY, *Méthode*, op. cit., t. II, p. 89 ; — DU MÊME AUTEUR, *Science et Technique*, op. cit., t. II, pp. 16, 17, 399, 419. -- Voir aussi : SALEILLES, *Ecole historique et droit naturel*, op. cit., pp. 84, 88, 91. — Dans le même sens : PICARD (Ed.), *Le droit pur*, Paris, 1915, p. 213 ; — MARKOVITCH, thèse précitée ; — De PAGE (Henri), *A propos du Gouvernement des juges, l'Équité en face du Droit*, Paris-Bruxelles, 1934.

2) *Digeste*, LXVII, I.

succédant à l'observation; revêt un caractère intellectuel. Comme les faits, l'idée aussi est impuissante à agir toute seule; tout ce qu'elle a de préférable à l'état brute des faits, c'est qu'elle est plus proche de l'action. Pour agir, pour faire produire des effets juridiques, il faut construire. c'est-à-dire, il faut ajouter à l'idée le vouloir humain, muni de la force et de la contrainte. Ce n'est donc qu'à partir de ce moment-là que l'indicatif se transforme en impératif, que l'idée du juste devient la justice et la règle de droit.

Il est donc juridiquement impossible de concevoir l'existence du Droit en dehors du Droit. Le « *Jus* » qui est le « *Juste* » est dans la « *Regula* », et vice-versa. En dehors de cela, il n'y a que des « données » et que des « idées », qui sont sans caractère juridique et qui, pour l'avoir, ont besoin de « construit », c'est-à-dire, de la force.

Notre conception du Droit n'est point légaliste. Il est vrai qu'elle semble être toute voisine de celle qu'avait PASCAL, quand il disait : « La Justice est ce qui est établi et ainsi toutes nos lois établies seront nécessairement tenues pour justes sans être examinées, puisqu'elles sont établies » (1). En fait, il n'en est rien. PASCAL conseille, il recommande au peuple de considérer les lois comme justes, sans les examiner, « car il est dangereux de dire au peuple que les lois ne sont pas justes » (2). D'après nous, elles sont justes même après avoir été examinées, parce qu'on les applique. D'autre part, notre conception n'a pas en vue seulement les lois, mais toute autre règle juridique, générale ou spéciale, ou même élaborée pour un cas d'espèce, qui, après être appliquée, produit des effets juridiques.

Notre conception n'est pas statique non plus. Elle permet le développement libre du droit positif tout aussi bien que la doctrine courante. Toute loi, toute règle juridique, toute décision du juge, égale à elle-même, et, par conséquent, correcte en droit, peut toujours être critiquée pour n'avoir pas bien traduit l'idée de droit ou pour ne plus correspondre à l'idée actuelle de droit. La société marche sans arrêt, les données changent, les idées les suivent. On observe, on constate à tout moment. Le droit se transforme

1) PASCAL (Blaise), *Les pensées*, Paris, 1877, t. I, de la Justice, coutumes et préjugés, p. 96.

2) PASCAL, *op. cit.*, *loc. cit.*

à mesure, souvent il arrive, cependant, qu'il entre en opposition avec les faits. Toutefois, on ne peut pas dire alors que le droit ne soit pas juste, qu'il ne soit pas juridique ; on ne peut dire qu'une chose : qu'il est en contradiction avec l'idée de Justice, d'Équité ou de Droit actuelle. La critique ne peut donc se baser que sur le point de vue économique, politique, moral, religieux, social ou tout autre, le point de vue juridique excepté. Elle ne doit pas sortir du domaine de la politique juridique (1).

Si nous reprenons notre problème de l'imprévision, l'art. 1135 du Code civil, peut-il lui servir de fondement légal ? Pas le moins du monde. Ce n'est pas parce que l'Équité, dont parle le Code, est une notion vague et arbitraire. Tout au contraire. Elle n'est ni vague ni arbitraire, elle est même très précise, car elle se dégage des principes généraux du Code civil, qui, comme nous le savons, condamne impitoyablement toute idée d'imprévision. L'interprétation de l'art. 1135 tout seul ne peut que confirmer ce qui vient d'être dit. Cet article est placé à la suite de l'art. 1134, qui proclame le respect absolu des conventions. S'il dit que les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais à toutes les suites que l'équité... donne à l'obligation d'après sa nature, il veut dire par là que le débiteur ne peut pas s'abriter derrière le silence de la convention sur un point négligé ou imprévu, en refusant de s'exécuter, mais qu'il doit, au contraire, accomplir sa promesse.

Si l'Équité du Code civil est hostile à l'introduction de la théorie de l'imprévision, on ne peut pas en dire autant de l'Équité d'à présent. La législation spéciale et de nombreux jugements de tribunaux et de Cours d'appel appliquent l'idée d'imprévision. Cependant, l'Équité de l'heure actuelle n'englobe pas entièrement l'idée d'Équité concernant la théorie de l'imprévision. Cette idée d'Équité se confond avec celle d'imprévision, et la consécration future de la règle de droit de l'imprévision, sera l'Équité de l'imprévision. Mais cette Équité-là n'aura rien de commun

1) M. François GÉNY s'est rapproché de très près de cette conception dans un de ses derniers articles. Voir : *Justice et Force* (Pour l'intégration de la force dans le droit), dans *Etude du droit civil à la mémoire de Henri CAPITANT*, Paris, 1939, p. 241-257.

avec celle du Code civil français : elle lui sera diamétralement opposée.

L'Équité du Code ne peut pas être accommodée à l'idée d'Équité ou d'imprévision actuelle. Quand celle-ci sera consacrée par une règle de droit et devenue l'Équité tout simplement, ce sera une règle de droit nouvelle, distincte et à côté de celles du Code civil.

2. — Certains ont cru pouvoir donner pour cadre à la théorie de l'imprévision le 3^e alinéa de l'article 1134 du Code civil, qui dispose : « Elles (les conventions) doivent être exécutées de bonne foi », en rattachant ainsi notre théorie à la notion éthico-juridique de la Bonne foi (*Bona fides*), voisine de celle de l'Équité (*Aequitas*) (1).

Dans le langage courant on dit que quelqu'un agit de « bonne foi », lorsqu'il agit avec loyauté, sans arrière-pensée de tromperie ou de dol, avec les sentiments honnêtes d'une conscience droite, sans ruse et manœuvres frauduleuses, sans procédés malhonnêtes, calculs astucieux, dissimulations ou simulations perfides, sans la malice enfin qui, tout en se déguisant sous les apparences de la prudence et de l'habileté, spéculé sur la crédulité, la simplicité et l'ignorance excusables (2). Bref, la Bonne foi est la « qualité de celui pour qui la foi est toujours sacrée et, plus généralement, la sincérité, la franchise », par opposition à la mauvaise foi qui signifie « déloyauté, absence de franchise, de sincérité » (3).

En droit, la notion de Bonne foi est à double portée : d'un côté, elle touche à la conduite morale de ceux qui agissent, de l'autre, elle assure la bonne marche des affaires, la sécurité dynamique (4). Dans un sens comme dans

1) Voir : LOUVEAU (A.), *Théorie de l'imprévision en droit civil et en droit administratif*, thèse, Rennes, 1920, p. 113-116 ; — NAQUET, Note au Sirey, 1920. 1.105.

2) Voir : LAROMBIÈRE, *Traité théorique et pratique des obligations*, op. cit., t. I, p. 382, n° 5 ; — WERTHEIMER (Jules), *Des avantages attribués à la bonne foi relativement aux biens en Droit civil*, thèse, Paris, 1899, p. 29.

3) LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, Paris, 1863, t. I, 2^e partie, V^o Foi.

4) René DEMOGUÉ ne l'envisage que sous ce second aspect. Voir son ouvrage : *Notions fondamentales*, op. cit., p. 67 et suiv. — Dans notre sens : GORPHE (François), *Le principe de la bonne*

l'autre, elle garantit la confiance d'homme à homme, dont la croyance moyenne et la fidélité réciproque sont le gage. Etant donc de caractère psychologique et social à la fois, elle concilie le subjectif et l'objectif, en les unissant et en en faisant une moyenne.

La Bonne foi est un « standard-directive » pour le juge, lui donnant les moyens d'interpréter et de régler les actes juridiques pour les cas d'espèce, dont la loi n'a pu prévoir tous les détails et toutes les modifications. Seulement, pour le faire, le juge doit constamment observer les préceptes de la loi lui permettant de savoir à quels moments et dans quelles situations joue la Bonne foi et surtout dans quel rapport se trouve la moralité des agents avec la sécurité transactionnelle. Ainsi, le Code civil réprime le dol, la fraude ; protège l'erreur. Au juge de trouver des limites, au-delà desquelles un acte, en soi dolosif et frauduleux, ne peut pas être réprimé, parce que cela gênerait la sécurité dans les affaires, en lésant la confiance réciproque des agents (*Treu und Glauben*) comme des tiers dans l'acte accompli (*Guter Glaube*) : par exemple une plaisanterie ou une exagération du vendeur qui vante sa marchandise, ne constitue pas un dol ; l'erreur sur les motifs n'est pas prise en considération ; etc.

Lorsqu'il s'agit de l'exécution d'une convention, cas dont nous parle l'alinéa 3 de l'art. 1134, il faut que la convention soit, en principe, exécutée. Cela correspond à la bonne foi du créancier et de tous les tiers qui ont compté sur cette exécution. Cela correspond aussi à la bonne foi du débiteur, car il savait, en concluant cette convention, qu'il serait tenu de l'exécuter. L'exécution doit s'effectuer suivant les termes de la convention, termes dont le sens ne peut être autre que celui qu'on leur donne d'habitude. En cas de silence sur un point quelconque, l'exécution doit se conformer à la loi, à l'usage et à l'équité (art. 1135 C. c.), de façon à ne surprendre personne. Si le créancier exige quelque chose qui n'est pas conforme à la nature du contrat, il agit d'une manière contraire à la conduite morale d'un créancier de bonne foi et trompe la confiance d'un

foi, thèse, Paris, 1928, p. 154 ; — VOLANSKY (Al. Alexandre), *Essai d'une définition expressive du droit basé sur l'idée de bonne foi*, thèse, Paris, 1929, p. 163 ; — Comp. : LAROMBIÈRE, *op. cit.*, *loc. cit.*

débiteur de bonne foi, sa prétention devant être repoussée comme illégitime. Il en est de même du débiteur qui s'abstient de faire honneur à son engagement, conformément à la nature du contrat. D'une façon générale, la convention doit être exécutée telle quelle, car ce principe seul est conforme à la Bonne foi et assure la stabilité dans les rapports contractuels. C'est le sens exact de l'alinéa 3 de l'art. 1134 du Code civil, qui dit : « Les conventions doivent être exécutées... », en confirmant par là les deux alinéas précédents du même article (1).

Le Code civil, à défaut de clauses spéciales dans le contrat, détermine l'étendue des droits et des obligations qui en résultent. Nous avons démontré que cette étendue ne se modifie pas, selon le Code, si un événement postérieur au contrat en bouleverse l'équilibre et l'économie. En pareil cas, si le débiteur ou le créancier demandent l'exécution intégrale du contrat, malgré les nouvelles circonstances constituant un cas d'imprévision, leurs prétentions ne violent pas la lettre du Code et ne sont, par conséquent, pas contraires à la Bonne foi du Code civil, parce que l'un et l'autre sont dans les limites de l'étendue de leurs droits, posées par le Code. Ce n'est donc que lorsqu'ils sortent de ces limites qu'ils agissent de mauvaise foi au sens que le Code civil donne à cette notion.

La théorie de l'imprévision est une institution nouvelle, qui, de son côté, détermine l'étendue des droits et des obligations découlant du contrat en fonction des circonstances ultérieures. Quand celles-ci sont de caractère imprévu et rendent le mode d'exécution du contrat initialement fixé insupportable pour l'une ou pour l'autre des parties en rapport, celle qui insiste pour que l'on ne touche pas au contrat est, sans doute, de mauvaise foi : elle se comporte plus mal que *Shylock* qui demande sa « livre de chair » pour venger sa race persécutée à travers les siècles contre son débiteur rendu malheureux par des circonstances inattendues, *Shylock* que notre conscience a unanimement

1) Comp. : CAPITANT, Note au Dalloz, précitée ; — NIBOYET (J.-P.), *La revision des contrats par le juge*, Rapport général dans Travaux de la Semaine Internationale de Droit, Paris, 1937, p. 11 ; — VOIRIN, thèse précitée, p. 62-63 ; — BRUZIN, thèse précitée, p. 319 ; — CASSIN, Cours spécial de doctorat, *op. cit.*, p. 429-431

ment condamné avec horreur, bien qu'il ne fût que faire valoir la lettre de son contrat !

Cependant, ce nouvel aspect de la Bonne foi, demeurant étranger au Code civil, ressort de l'institution de la théorie de l'imprévision. Or, comment peut-on chercher le fondement légal d'une institution dans ses conséquences, alors que son fondement doit la précéder ou lui être au moins concomitant ?

En conséquence, lorsque l'Ecole évolutionniste (1), comme d'ailleurs celle de l'Exégèse (2), cherche à élargir ou à appliquer, en le détournant de son véritable sens, l'alinéa 3 de l'art. 1134 du Code civil, c'est à tort, parce que ni le créancier ni le débiteur, en demandant le respect de l'engagement pris, ne vont à l'encontre de la notion de Bonne foi, telle qu'elle a été admise par le Code civil en 1804. Lorsque, cependant, le Commentateur au Dalloz de la loi Failliot dit que : « Il paraît difficile de soutenir qu'un marché conclu dans des circonstances tout à fait normales, aux prix courants, avec un aléa limité, soit exécuté de bonne foi, si l'acheteur, profitant d'événements extraordinaires et passagers, exige la livraison à des conditions qui lui procureront un gain exorbitant, absolument imprévu et qui ruineront son vendeur » (3), c'est avec raison, parce que la notion de bonne foi nouvelle qui res-

1) Voir, outre les ouvrages précités, les conclusions du Commissaire du Gouvernement CHARDENET pour l'affaire du Gaz de Bordeaux, où il disait ceci : « Le contrat actuel... ne peut être appliqué aujourd'hui strictement, littéralement. Ce serait contraire au principe que les contrats doivent être exécutés de bonne foi... » (Sous l'arrêt du Conseil d'Etat du 30 mars 1916, D. P. 1916.3.25 ; S. 1916.3.17).

2) Voir : Le Tribunal de Commerce de Lyon, 17 septembre 1852 : « S'il est exact que dans l'espèce il n'y a pas de cas de force majeure, en ce sens que l'impôt du 17 mars 1852 ne met pas un empêchement réel et positif à l'exécution des conventions... il n'en est pas moins vrai également, aux termes de l'art. 1134 du Code Napoléon, que toute convention légalement formée doit être exécutée de bonne foi ; si les Tribunaux de commerce doivent être excessivement sévères pour maintenir l'intégrité des engagements contractés, ils doivent aussi apprécier si ces motifs allégués pour s'y soustraire sont justes et équitables, ou bien s'ils sont dictés par la mauvaise foi et le manque de délicatesse ». (Jugement infirmé par la Cour de Lyon, 8 avril 1853, S. 1853.2.307).

3) Voir : D. P. 1913.4.262.

sort de la théorie de l'imprévision est partiellement consacrée par la dite loi (1).

Section B.

THÉORIE DE LA FORCE MAJEURE

L'institution juridique la plus proche parente de la théorie de l'imprévision est celle de la Force majeure ou du Cas fortuit, consacrée par les articles 1147 et 1148 du Code civil. Dans notre exposé des éléments constitutifs de la théorie de l'imprévision, nous avons confronté les deux théories. Leur ressemblance est frappante. L'une comme l'autre dérogent au caractère absolu du principe de la force obligatoire des conventions de l'art. 1134. L'une comme l'autre sont constituées par un événement imprévu, postérieur à la conclusion du contrat et dont la survenance n'est imputable à aucune des parties en rapport. Seuls diffèrent les effets de l'événement postérieur au contrat sur la possibilité de l'exécuter. En cas de force majeure, l'exécution est impossible. L'imprévision la rend seulement excessivement difficile et onéreuse, sans en supprimer complètement la possibilité. De là, la différence de sanction : en cas de force majeure, le contrat est résolu, sans dommages et intérêts pour inexécution ; en cas d'imprévision, il peut être non seulement résolu, mais encore suspendu, prorogé, modifié, selon les circonstances.

Lorsque la question de théorie de l'imprévision se posa de nouveau pendant la guerre de 1914-18, les auteurs qui furent les premiers à en dire leur opinion, s'empresèrent de trouver un cadre légal à la nouvelle théorie, et le premier auquel ils pensaient était celui de la force majeure et du cas fortuit, comme un des plus analogues (2).

1) Dans ce sens : BRUZIN, thèse citée, p. 319. Seulement, à son avis, la notion de bonne foi est inutilisable, parce qu'elle est vague et indéterminée (p. 320).

2) Voir : LEBON (André), *La guerre et les contrats*, Revue Politique et Parlementaire, 1916, p. 161 et suiv. ; — WAHL (Albert), Note au Sirey, 4 août 1916, S. 1916.1.17 ; — GUEULLETTE (J.-E.), *Des effets juridiques de la guerre sur les contrats*, thèse, Paris, 1918.

L'article 1148 du Code civil prescrit : « Il n'y a lieu à aucuns dommages et intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé... » Le Code ne prononce donc que le mot « empêché » et ne dit pas expressément que l'inexécution du contrat doit être rendue matériellement impossible. Empêché, oui, mais dans quel sens ? Est-ce un empêchement absolu ou relatif, matériel, économique ou moral ? Si c'est un corps certain que le débiteur était tenu de livrer et qui a péri, il se trouve dans l'impossibilité de le faire. Mais si c'est une chose de genre, une chose fongible, il peut en être de même, s'il doit se la procurer dans des conditions beaucoup plus difficiles qu'il ne s'y attendait, de telle sorte qu'il court le risque d'être ruiné. La perspective de voir, après exécution intégrale de son obligation, son entreprise faire faillite, peut l'« empêcher » moralement de faire honneur à sa signature. Aussi, malgré l'accord unanime de la doctrine tant ancienne (1) que moderne (2) sur le caractère absolu et matériel de l'empêchement, dont parle l'art. 1148, et une jurisprudence conforme qui est traditionnelle (3), prétend-on que « depuis ces trois dernières années (années de la guerre de 1914-18) la force majeure telle qu'elle se révèle par les faits, n'est plus ce

1) Voir : POTHIER, *Traité des obligations*, t. I, Partie I, Chap. II, p. 161-162, n° 141 ; — DOMAT, *Les Loix civiles*, t. I, Liv. I, tit. II, Sect. II, XXI, Sect. III, IX.

2) Voir : AUBRY et RAU, *Cours de Droit civil français*, t. IV, p. 243, § 331 ; — DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. XXIV, p. 549, n° 552 ; — LAURENT (F.), *Principes de Droit civil français*, t. XVI, p. 326-331, nos 265 à 269 ; — PLANIOL, *Traité élémentaire de Droit civil français*, t. II, p. 83, n° 231 ; — COLIN et CAPITANT, *Cours élémentaire de Droit civil français*, t. II, n° 81 ; — RADOUANT (Jean), *Du cas fortuit et de la force majeure*, thèse précitée.

3) Voir : Caen, 8 juillet 1852, D. P. 1852.2.126, S. 1853.2.233 ; — Bordeaux, 26 août 1852, D. P. 1853.2.105 et S. 1853.2.34 ; — Lyon, 8 avril 1853, D. P. 1853.2.469, S. 1853.2.397 ; — Orléans, 24 mai 1854, D. P. 1854.2.132 ; — Douai, 6 juillet 1854, conf. Cass. civ., 9 janvier 1856, D. P. 1856.1.109 ; — Paris, 2 décembre 1871, D. P. 1872.5.307 ; — Rouen, 19 mai 1871, D. P. 1872.2.179 ; — Cass. civ., 4 août 1915, D. P. 1916.1.22 ; S. 1916.1.17 ; — Caen, 15 novembre 1916, D. P. 1918.2.4 ; — Cass. Req., 25 janvier 1922, D. 1922.1.71 ; — Cass. civ., 23 janvier 1924, Gaz. Palais, 11 mars 1924.

qu'elle était auparavant » et que « la définition de ce phénomène juridique s'est modifiée, faiblement, mais d'une façon assez sensible pour que la conscience commune ressente cette différence » (1). « Dans une telle guerre (celle de 1914-18) le principe du respect des contrats ne peut manquer d'être attaqué vivement et des efforts doivent nécessairement être tentés pour assimiler à la force majeure qui rend l'exécution du contrat impossible, celle qui la rend onéreuse ou difficile au-delà des prévisions » (2).

Cette doctrine, suivie par une partie de la jurisprudence (3), mais très vite abandonnée, d'ailleurs (4), a toutes nos sympathies et mérite tous nos éloges, car elle a très bien senti le besoin d'admettre l'application de la théorie de l'imprévision. Cependant, au point de vue théorique, elle est néfaste, parce qu'elle confond et fait confondre une institution établie avec une autre à établir. La théorie de la force majeure, tout en gardant la place qui lui appartient et que les auteurs du Code civil lui ont assignée, ne peut nullement faire obstacle à une construction indépendante et séparée de la théorie de l'imprévision, telle qu'elle est imposée par des contingences nouvelles inconnues du codificateur de 1804. — Il est beaucoup plus simple de réclamer l'introduction de la théorie de l'imprévision dans le système du Droit civil positif, à côté de celle de la force majeure et au-delà des cadres du Code civil que d'insister pour une assimilation des deux institutions. Cette solution permettrait seule de ne pas trahir la pensée du législateur de 1804, d'avoir des idées nettes sur le caractère historique, philosophique, économique et social du Code civil, et de bien se rendre compte du caractère nouveau de la théorie de l'imprévision, née dans une ambiance qui lui est propre et qui n'a rien de commun avec

1) GUEULLETTE, thèse précitée, p. 307. — Cf. De GAUDIN de LAGRANGE (Emérentienne), *L'intervention du juge dans le contrat*, thèse, Montpellier, 1935, p. 233.

2) WAHL, Note au Sirey, précitée.

3) Trib. com. Rouen, 28 août 1843, conf. Rouen, 9 février 1844, D. P. 1845.2.4 ; — Douai, 3 mai 1854, D. P. 1854.2.130 ; — Grenoble, 18 août 1854, D. P. 1855.2.78 ; — Poitiers, 8 mars 1855, cassé Cass. civ., 11 mars 1856, D. P. 1856.1.101 ; — Trib. com. Loches, 21 janvier 1915, inf. Orléans, 24 juin 1915, D. P. 1916.2.104 ; S. 1916.2.20.

4) Voir la jurisprudence rapportée *supra*, p. 408, notes 2, 3, 4, 5 et 6.

celle qui a servi de base, un siècle plus tôt, à la théorie de la force majeure (1).

Section C

THÉORIE DE M. FYOT SUR L'ARTICLE 1150 DU CODE CIVIL

La théorie de M. Louis FYOT est un procédé plutôt exégétique qu'évolutionniste. L'auteur a tenté de justifier la théorie de l'imprévision, en la faisant sortir de l'art. 1150 du Code civil. A la différence des deux théories précédentes, demandant l'assouplissement des textes respectifs du Code, afin qu'ils soient assez larges pour pouvoir accueillir la théorie de l'imprévision, la sienne considère l'art. 1150 comme suffisant, sans que l'on touche à sa rédaction primitive, pour fournir une base légale à notre thèse.

Si nous parlons ici de cet essai, ce n'est que pour compléter la liste des théories, ayant voulu justifier la thèse de l'imprévision par autre chose que par elle-même.

L'article 1150 du Code civil dispose : « Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou que l'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée ». — Comme nous l'avons démontré plus haut (2), la doctrine n'est pas d'accord sur l'interprétation de cet article. Deux opinions ont été émises à ce sujet. Selon

1) L'assimilation de la théorie de l'imprévision à la force majeure a trouvé un terrain favorable dans la législation italienne pendant la guerre de 1914-18. Le Décret du 27 mai 1915, n° 739, applicable à tous les contrats, commerciaux ou autres, conclus antérieurement au décret de mobilisation générale et venant à expiration pendant la durée de la guerre ou deux mois après la cessation des hostilités, déclare, avant tout, que la guerre est considérée comme un cas de force majeure et que le débiteur échappe, par conséquent, à tous dommages et intérêts, non seulement si la prestation est impossible, mais encore si elle est excessivement onéreuse. — Cons. : FUBINI (Riccardo), *La législation civile italienne de la guerre en 1915 et 1916*, *Revue trim. de droit civil*, 1917, p. 325 ; — WAHL (Albert), *Le droit civil et commercial de la guerre*, t. III, p. 22-23 ; — POPESCU (Corneliu-Mihaïl), *Essai d'une théorie de l'imprévision en droit français et comparé*, thèse précitée, p. 157-162.

2) Voir *supra*, p. 266-274.

la première, la prévision dont parle l'article en question est relative à la *cause* du préjudice résultant de l'inexécution (Théorie de la cause du préjudice). Autrement dit, le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts intrinsèques, indemnisant le préjudice qui résulte directement de l'inexécution du contrat, le seul prévisible, et non pas celui qui se répercute indirectement sur les biens et intérêts du créancier, qui correspond à des dommages et intérêts extrinsèques et est normalement imprévisible. Ainsi, si le débiteur s'abstient, en cas d'imprévision, d'exécuter son obligation, il doit réparer tout le préjudice qu'entraîne l'inexécution, c'est-à-dire, la valeur de l'objet dû et sa plus-value quel que soit son montant; excepté le préjudice qui pourrait atteindre, par voie de conséquence indirecte, les autres biens du créanciers (par exemple, il avait commandé un cheval ; celui-ci ne lui ayant pas été livré, il a le droit à la valeur actuelle du cheval, mais non pas à l'indemnité de la perte qu'il a subie du fait d'avoir manqué d'effectuer les travaux projetés à l'aide de ce cheval non livré). — Selon la seconde, la prévision de l'art. 1150 envisage le *montant* des dommages et intérêts (Théorie du quantum du préjudice). Lorsque par suite d'un événement constituant un cas d'imprévision, le débiteur refuse d'exécuter le contrat, il n'est tenu, d'après cette théorie, que des dommages et intérêts correspondant à la valeur de la chose due plus la plus-value de celle-ci qui a été raisonnablement prévisible lors du contrat. Si la valeur de la chose a augmenté beaucoup au-delà des prévisions normales, le débiteur doit être dispensé du quantum imprévu (1).

En se ralliant à la seconde thèse qui admet une application partielle de la théorie de l'imprévision : la réduction du chiffre des dommages et intérêts pour cause d'imprévision, M. Fyot ne s'est pas contenté du résultat obtenu qui lui paraissait trop fragmentaire, mais il a essayé de fonder la construction tout entière de la théorie de l'imprévision sur l'art. 1150, en recourant à un procédé de déduction logique, propre à l'Ecole exégétique, dont il paraît être un excellent disciple.

1) Voir sur les détails des deux manières d'entendre le sens de l'art. 1150, *supra*, p. 266-274.

En partant du point de vue de la théorie du quantum, notre auteur fait le raisonnement que voici : Lorsque le débiteur refuse d'accomplir son obligation, le contrat doit être résolu, et les dommages et intérêts doivent être alloués au créancier. Si ce refus d'exécution est la suite d'un cas d'imprévision, le chiffre des dommages et intérêts sera fixé avec modération, en vertu de l'art. 1150. Cet article constitue donc une obligation légale tacite qui pèse sur le créancier lorsque la chose due a augmenté de valeur au-delà de toutes prévisions. Voici la formule de cette obligation légale : Le créancier, quand l'engagement qu'il invoque a été bouleversé par l'imprévision, est légalement obligé, par l'art. 1150, de subir une limitation « au maximum prévisible » des droits qu'il a acquis contractuellement sur l'augmentation de valeur de la chose à lui due (1).

Que fait le créancier après la résolution du contrat ? S'il a besoin de l'objet non livré, il le remplace, en l'achetant ailleurs. Etant donné que la valeur de celui-ci a augmenté et que le créancier n'a reçu à titre d'indemnité de son débiteur qu'une somme inférieure à cette valeur, il sera obligé de donner de sa poche la portion imprévisible de la plus-value de l'objet en question.

Supposons maintenant que le débiteur ne refuse pas d'exécuter et offre la livraison de la chose due, mais que vu les circonstances imprévues à la suite desquelles la valeur de cette chose a augmenté dans des proportions inattendues, il demande à son créancier, pour éviter une perte sèche de son patrimoine, un supplément du prix, peut-il faire valoir en droit une telle prétention ? Qui, sans doute, parce que son droit découle de la limitation du droit du créancier d'exiger l'intégralité de sa créance par suite d'un événement imprévu, limitation sanctionnée par l'art. 1150, imposant une obligation légale tacite au créancier de ne demander que la portion de la plus-value prévisible de la chose due, la plus-value imprévisible ne pouvant être réclamée. Cette obligation légale joue dans le cas d'exécution de la part du débiteur, de même que dans le cas d'inexécution, car la *ratio legis* est la même. Si, lorsque le débiteur refuse d'exécuter, le créancier, n'ayant obtenu à titre d'indem-

1) Voir : Fyot (Louis), *Essai d'une justification nouvelle de la théorie de l'imprévision*, thèse précitée, p. 183.

nité que la plus-value prévisible, doit verser à son nouveau vendeur la plus-value imprévisible de sa poche, pourquoi n'en ferait-il pas de même envers son premier vendeur quand celui-ci désire répondre à son engagement ? Il n'y a pas de raison pour qu'il n'en soit pas ainsi, car le résultat est le même. En outre, la limitation d'équité contenue dans l'art. 1150 a, d'ailleurs pour raison d'être non pas l'inexécution de l'obligation contractuelle; mais l'imprévision quant à la valeur pécuniaire de la prestation et à la revalorisation de cette valeur par laquelle on sépare la valeur primitive de l'augmentation qu'elle a reçue et dans cette dernière, la portion prévisible de celle qui ne l'était pas (1).

Il arrive ainsi à la conclusion : que l'art. 1150 du Code civil autorise la modification du contrat pour cause d'imprévision, donc le maintien partiel du contrat, quoique l'art. 1150 n'envisage que l'inexécution du contrat et sa mort définitive, en statuant uniquement sur le passé et nullement sur l'avenir !

Etant donné que nous avons rejeté le point de départ de la construction si ingénieuse de M. Fyot, c'est-à-dire la théorie du quantum (2), cette construction doit elle-même s'écrouler du même coup, et nous n'avons pas besoin d'insister davantage sur son caractère artificiel et fallacieux.

Section D

THÉORIE DE LA « CLAUSULA REBUS SIC STANTIBUS »

La théorie moderne de la « *Clausula rebus sic stantibus* », étroitement liée à celle de l'autonomie de la volonté, est la reprise et la renaissance de l'ancienne formule que donnèrent à la théorie de l'imprévision les canonistes et les glossateurs, formule que le Code civil français avait fait tomber dans l'oubli pendant tout un siècle, et dont voici les termes : « *Contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur* ». Que veulent dire ces mots en latin médiéval ? Suivant une traduction libre, il signifient ceci : Dans tous les contrats successifs et à terme une clause tacite est sous-enten-

1) Voir : Fyot, *op. cit.*, p. 199-200.

2) Voir *supra*, p. 274.

due, clause en vertu de laquelle le contrat sera exécuté à la lettre (*pacta sunt servanda*) pourvu que l'état de choses en vue duquel le contrat a été formé (le coût de la vie, la valeur de la monnaie, la santé des contractants, etc.) reste le même à l'époque de l'exécution (*rebus sic stantibus*). Autrement dit, tous les contrats n'ayant pas un caractère instantané, se forment, s'il n'y a pas convention contraire, avec cette condition résolutoire tacite : toutes choses étant égales, d'ailleurs. Si la condition ne se réalise pas, c'est-à-dire si la situation envisagée lors du contrat ne se modifie pas, celui-ci sera scrupuleusement exécuté. Si, au contraire, la condition s'accomplit, le contrat sera résolu et les parties seront dégagées de leur parole.

Tandis que les canonistes et les post-glossateurs voyaient dans cette clause un impératif d'ordre moral (1), les auteurs modernes la croient imposée par la volonté même des parties contractantes, en lui attribuant de la sorte une valeur juridique. Un des partisans de cette nouvelle tendance est le jurisconsulte allemand WINDSCHEID, auteur de la théorie de la présupposition (*Voraussetzungstheorie*). A son avis, dans tout contrat ou acte juridique en général, il y a une condition accessoire passive, que sous-entendent les parties et par laquelle elles subordonnent l'effet juridique de l'acte à des circonstances déterminées ; en d'autres termes, les parties ne déclarent leur volonté intime que sous réserve d'une certaine prévision, dont les limites sont tracées par la condition accessoire tacite. Cette condition accessoire n'est pas identique à la condition proprement dite, car elle n'empêche pas les effets de la convention de se produire. Si la prévision que les parties ont eue en vue lors de la formation du contrat ne se réalise pas, l'effet légal du contrat se produit quand même, seulement celui qui s'est obligé aura, dans ce cas, une action par laquelle il pourra répéter la prestation qu'il n'avait nullement l'intention d'effectuer dans de semblables circonstances (2). — En France, cette théorie fut accueillie par LAROMBIÈRE qui, à la différence du subtil WINDSCHEID, considérerait la clause *rebus sic stantibus* comme un mode d'extinction des obli-

1) Voir *supra*, Deuxième partie, p. 214 et suiv.

2) Voir : WINDSCHEID, *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, 1850 ; — *Pandecten*, 1900, I, § 97, p. 435.

gations, tout simplement. « Les obligations s'éteignent encore, a-t-il dit, par la survenance de circonstances telles que les parties n'auraient pas contracté, si elles les avaient prévues. Cette extinction a lieu, dans ce cas, indépendamment des autres causes générales et particulières d'extinction... L'existence de l'engagement étant ainsi subordonnée au maintien des circonstances actuelles, ce mode d'extinction rentre, sous ce rapport, dans celui qui s'accomplit par l'arrivée du terme correspondant à la durée convenu » (1).

Il va sans dire que sous cette forme la clause *rebus sic stantibus* est trop dangereuse. Au lieu d'être un remède qui guérirait les contrats devenus subitement malades, elle finirait par les empoisonner et les tuer. En intervenant toutes les fois qu'il y a un changement par rapport aux circonstances primitives, même un changement de toute minime importance, elle supprimerait l'institution des contrats à titre successif et différé. Aucun contrat de cette nature, de quelque durée qu'il soit, n'est en mesure de conserver, à son échéance, une conformité intégrale à l'état de choses primitif : les changements se produisent tous les jours. Tout contrat successif et à terme s'éteindrait obligatoirement juste au moment où la convention doit produire ses effets juridiques, et les parties, si elles tiennent à son exécution, seraient obligées de le refaire, en le transformant en un contrat à exécution instantanée. A quoi serviraient alors les contrats qui durent ? S'il était exact que les contrats successifs, consistant en actes et en prestations périodiques, entraînent après chaque exécution échelonnée, une prolongation tacite de la formation du lien, de sorte qu'ils ne représentent qu'une série de contrats à terme ou même instantanés, comme le pense BARSANTI (1), on se demande : pourquoi aurait-on besoin de passer un contrat unique du moment que c'est un contrat composé de plusieurs autres, ayant chacun son existence indépendante ?

1) LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, t. IV, Paris, 1885, nouvelle édition, chap. V, De l'extinction des obligations, art. 1234, n° 4, p. 56.

1) BARSANTI, *Resolubilità dei contratti a lungo termine nel successivo mutamento dello stato di fatto*, dans Arch. giur., 1899, t. 63/IV, S. 4. — Cf. GASEL (Marc), *Influence de la volonté des parties sur la révocation ou la modification des contrats*, thèse, Toulouse, 1896, p. 128 (même conception des contrats successifs à durée indéterminée).

Ce qui est vrai, c'est que tout contrat ayant une certaine durée est une sorte d'assurance contre les fluctuations postérieures à sa conclusion, fluctuations dont les deux parties sont conscientes et dont elles ne veulent pas faire dépendre les conditions de leur lien contractuel. Il est dans la nature même des contrats de ce genre de comporter un certain risque à courir pour l'une comme pour l'autre des parties contractantes. Ce risque est nécessaire pour le maintien de la stabilité des transactions. Supprimer ce risque, ce serait faire disparaître la base de cette sécurité, rendre impossible l'existence des contrats en question et de la clause elle-même qui en dépend, ce qui se passerait justement si on admettait son application dans la forme sus-indiquée. « Je ne peux être autorisé, disait WEBER, à rendre, demain, un livre que j'ai acheté aujourd'hui et à en réclamer le prix, parce qu'un ami m'a offert dans l'intervalle ce même livre en cadeau, et cependant si j'avais pu prévoir cette circonstance, je ne l'aurais pas acheté ; cela, parce qu'autrement nul ne pourrait plus compter sur une promesse » (1).

Pour éluder tous ces inconvénients que provoquerait la notion trop large de la clause *rebus sic stantibus* et pour sauver sa propre existence, car elle ne serait qu'un enfant mort-né, la doctrine d'après-guerre a tenté de la rattacher à l'art. 1156 du Code civil, relatif à la matière de l'interprétation des conventions. Cet article disposant que : « l'on doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes », la doctrine en question a cru qu'en interprétant la « commune intention » des parties contractantes on peut découvrir assez facilement la clause tacite « *rebus sic stantibus* ». A la différence de la doctrine classique, elle n'a pas méconnu dans les contrats « *qui habent dependentiam de futuro* » l'existence d'un aléa à courir. A son avis aussi, cet aléa est inhérent aux contrats de cette nature, et, en temps normal, ses limites se confondent avec le principe absolu de la force obligatoire des conventions. En contractant, les parties savent très bien

1) WEBER (A. D.), *Systemat. Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtl. Wirkung*, Leipzig, 1re éd., 1784, § 90.

que la situation envisagée lors du contrat doit changer soit au profit de l'une, soit au profit de l'autre. Elles savent aussi que le changement qui surviendra peut être grand ou petit. Si elles n'ont rien stipulé au sujet de ces fluctuations possibles, tout en ayant songé à l'éventualité fort probable de leur réalisation, c'est la preuve irréfragable qu'elles ont voulu tenter leur chance de gagner ou de perdre, c'est-à-dire qu'elles ont voulu placer leur contrat au-dessus de l'instabilité de la vie économique, en s'assurant, pour ainsi dire, contre elle. L'on veut ce que l'on prévoit.

Cependant, comme, à la suite de la conclusion du contrat, peuvent survenir des événements ayant des conséquences telles que l'on n'en a jamais connues dans l'histoire de semblables et qu'aucun indice ne laissait prévoir lors du contrat, conséquences bouleversant de fond en comble l'équilibre contractuel et imposant à la victime, débiteur ou créancier, un risque anormal et extraordinaire, alors qu'elle n'avait envisagé qu'un risque normal et ordinaire, ce qui est arrivé notamment pendant la guerre mondiale, il est évident que les parties n'auraient pas contracté si elles avaient pu prévoir de tels événements ou n'auraient pas contracté sans s'en préserver au moyen de clauses spéciales insérées dans leur contrat. Dès lors, puisque le risque anormal provenant de l'événement extraordinaire était imprévu et impossible à prévoir lors du contrat, il s'ensuit qu'il dépasse l'intention commune des parties en rapport et qu'il n'a pas été, en conséquence, voulu par elles. L'on ne veut que ce que l'on prévoit et ce que l'on peut prévoir. Et l'on ne peut prévoir que ce à quoi l'on peut songer. Et l'on ne peut pas songer à ce qui est inconnu. *Voluntas non fertur ad incogitatum. Voluntas non porrigitur ad incogitata.* Dès lors, en recherchant quelle a été la commune intention des parties, le juge n'a qu'à séparer le prévisible de l'imprévisible et l'aléa normal de l'aléa extraordinaire. Ce qui entre dans le premier compartiment, est voulu ; ce qui entre dans le second, n'est pas voulu. Or, comme la volonté seule est génératrice d'obligations, là où il n'y a pas de volonté, il n'y a pas d'obligations. En conséquence, on peut dire que tout contrat contient cette clause tacite : ne pas s'obliger au-delà de ce qui était prévisible au moment où le contrat a été formé. Le juge, n'ayant pas le droit de mo-

difier une volonté et d'imposer à la volonté des parties la sienne, a le droit de constater la « carence de la volonté des parties », lui indiquant qu'elles n'ont pas « voulu » des risques et des charges de caractère anormal. En adaptant le contrat aux circonstances nouvelles, « le juge, dans ce cas, ne modifie pas la loi, il analyse le contrat » (1). Et comme il s'agit là d'une question de fait et non pas d'une question de droit, il a un pouvoir souverain en la matière, pouvoir qui échappe à toute censure de la Cour de cassation (2).

Pratiquement, la théorie de la clause *rebus sic stantibus*, ainsi précisée, aurait plus ou moins le même résultat que la théorie de l'imprévision. Théoriquement, cependant, elle est dépourvue de tout fondement solide et n'est pas logique avec elle-même.

Son défaut principal est de s'être servie de la théorie de l'autonomie de la volonté qui n'est qu'une fiction et qu'un artifice et dont les faits ont suffisamment démontré l'inexactitude. Son point de départ et son point d'arrivée sont la commune intention des parties contractantes, c'est-à-dire le contrat lui-même.

Les partenaires, un patron et un ouvrier, un vendeur et un acheteur, un bailleur et un locataire, lorsqu'ils se proposent de contracter, ont des intérêts opposés et contradictoires. Après avoir longuement discuté (au moins en principe), toutes les conditions de leur futur contrat, chacun ayant voulu tirer de l'autre le plus grand avantage possible pour lui, ils parviennent à se mettre d'accord, et le contrat qui en est la conséquence représente une conciliation, un *modus vivendi* entre les intérêts divergents et les deux volontés en conflit ; en les harmonisant, le contrat unifie les deux intérêts et les deux volontés en un accord tendant à collaborer dans des conditions définitivement

1) WAHL (Albert), *Le droit civil et commercial de la guerre*, t. II, p. 12. — Voir aussi : ROUBIER (Paul), *Influence du changement des circonstances sur les contrats du droit public*, thèse, Paris, 1914, p. 165 ; — SERBESCO (S.), *Effets de la guerre sur l'exécution des contrats*, Revue trim. de droit civil, 1917, p. 349-362 ; — BOMSEL, *La théorie de l'imprévision en droit civil français*, thèse, Paris, 1922, p. 67-69 ; — MAGNAN de BORNIER (J.), *Essai sur la théorie de l'imprévision*, thèse, Paris, 1924, pp. 126, 144.

2) Dans ce sens : WAHL, *op. cit.*, p. 14 ; — ROUBIER, thèse précitée, p. 70 ; — BOMSEL, thèse précitée, p. 44.

fixées. Dès que celui-ci est signé (lire : conclu), il se détache du for intérieur de ses auteurs, acquiert une existence indépendante de la leur et devient une sorte de règlement ou de loi pour les parties en rapport. Tandis que l'existence de ces dernières est dynamique, la sienne est statique pendant toute sa durée. Les contractants, êtres vivants, se trouvant constamment face à face avec la vie qui se transforme, peuvent changer d'avis, peuvent regretter d'avoir passé leur contrat ; mais lui subsiste.

Lorsque le Code civil ordonne, dans son article 1156, de rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes, cela ne peut se comprendre de deux façons à la fois, car il n'y en a qu'une seule : c'est que lorsqu'il y a doute sur le sens d'une clause du contrat, clause qui *existe* et est *convenue*, c'est-à-dire que lorsque les termes qui l'expriment sont ambigus ou équivoques, il faut rechercher quelle a été la commune intention des parties ou, plus précisément, remonter à l'époque de la conclusion du contrat, l'étudier dans son ensemble, examiner son but, prendre en considération la loi, l'usage et l'équité, que les parties ont dû connaître lors de leur accord, et trancher le différend selon le résultat ainsi obtenu.

Quand il s'agit d'un cas d'imprévision, par hypothèse, les parties n'ont pas statué sur lui : le contrat ne contient aucune clause le concernant, la volonté commune des parties contractantes est muette à son égard. Dès lors, l'art. 1156 du Code civil n'est pas applicable : il suppose l'existence des « termes » au sens littéral desquels il ne faut pas s'arrêter, et là, à la place des termes, il n'y a rien. Pour qu'il y ait lieu à interprétation, il faut qu'il y ait quelque chose à interpréter (1).

La théorie *rebus sic stantibus* pourrait nous répliquer : il n'y a pas que des termes que l'on peut interpréter ; le silence peut l'être également. Quand une loi n'a pas statué sur une question qui se pose pratiquement, on se demande pourquoi elle ne l'a pas fait : est-ce parce qu'elle ne l'avait pas prévue, ou bien parce que, tout en l'ayant prévue, elle n'a voulu lui donner aucune solution, ou bien est-ce une simple inadvertance du législateur ? — C'est justement de

1) Voir ; VOIRIN, thèse précitée, p. 131.

cette façon que nous avons interprété le silence du Code Napoléon au sujet de la théorie de l'imprévision et nous sommes arrivé à la conclusion que, bien que cette matière n'ait pas été étrangère à son esprit, puisque les Parlements de l'Ancien droit et les tribunaux de la période révolutionnaire l'avaient si souvent envisagée favorablement, il lui est hostile, les idées philosophiques, économiques et politiques qui lui servent de fondement, s'y opposant.

Oui, mais la loi et le contrat sont choses différentes. Dans la première, il n'y a qu'une volonté, celle du législateur. Dans le second, il y en a deux. Celles-ci n'en font qu'une seulement en ce qui concerne leur accord : l'intention commune. En dehors de cela, leur dualisme antagoniste subsiste toujours. Sur quoi sont-elles d'accord ? Sur ce qu'elles ont pu prévoir, naturellement, car *voluntas non porrigitur ad incogitata*. Par conséquent, sur ce qu'elles n'ont pu prévoir, elles ne sont pas d'accord : les deux volontés restent désunies sur ce point, la volonté commune y demeurant totalement étrangère. Alors, comment peut-on dire que l'intention commune est d'exclure de l'engagement des parties ce qui touche à l'imprévu ? Pour pouvoir prendre position contre quelque chose, il faut l'avoir vu. Pour que l'on ne veuille pas quelque chose, il faut d'abord qu'on le connaisse. Un non-vouloir n'est qu'un vouloir négatif. Positif ou négatif, tout vouloir doit avoir son objet. Or, d'après l'aveu de la théorie de la clause tacite, on ne peut pas vouloir ce qui est inconnu. L'imprévisible est inconnu de la volonté commune des parties. Et lorsque la doctrine de la clause *rebus...* nous affirme que cette volonté commune, ne s'étant pas prononcée sur l'imprévu, a voulu par là ne pas s'étendre à son domaine, elle se met en contradiction avec elle-même, car elle suppose, involontairement d'ailleurs et sans le savoir, que la volonté commune des contractants avait prévu l'imprévu, et cela avec une précision étonnante : il est des auteurs qui prétendent que l'intention commune des parties réclame, en cas d'imprévision, non seulement la résolution (1), mais encore la suspension et la modification du contrat (2). La doctrine en question creuse par là sa propre

1) Comme SERBESCO, article précité, p. 360.

2) Comme WAHL, Note au Sirey, précitée.

fosse, en détruisant sa seule raison d'être qui est l'imprévu, parce que du moment que l'imprévu a été prévu, il n'est plus l'imprévu, mais il est le prévu, et alors la clause tacite *rebus sic stantibus* ne pourrait jamais intervenir !

La vérité est que la notion de contrat ne nous encourage pas du tout à admettre la théorie de l'imprévision. L'intention commune, c'est-à-dire le consentement ou l'accord des parties en rapport ou tout simplement le contrat, ne nous indique qu'une chose : c'est que les parties ont consenti à collaborer dans les conditions énoncées au contrat, parmi lesquelles la principale est que le contrat soit exécuté. Elles ont consenti à un risque à courir, mais n'ont pas limité son étendue, qui peut, selon le contrat, aller à l'infini. Si l'on veut maintenant faire une distinction entre le risque normal et le risque anormal et entre les charges qui en découlent, ce n'est certainement pas à l'aide du contrat qu'on peut le faire, car celui-ci ne le fait pas, il l'ignore. Il n'est ni pour ni contre cette distinction, il n'est ni pour ni contre l'intervention de la théorie de l'imprévision. L'intention commune étant muette, si on se réfère aux déclarations postérieures des contractants, on verra bien qu'ils sont en plein désaccord sur cette question : la victime dira ne pas avoir pensé à s'obliger au-delà des limites du risque normal, le bénéficiaire dira le contraire.

La seule solution à donner sera celle que l'on trouvera en dehors du cadre du contrat, parce qu'autrement on aurait la peine de savoir d'où vient cette théorie de l'imprévision. Il faut donc combler la lacune du contrat, en lui appliquant les dispositions supplétives de la loi. Or, comme la loi, elle aussi, est muette, ce sera le juge qui procédera à l'élaboration d'une règle de droit nouvelle en raison de l'imprévision, avec effet rétroactif, mais de nature à ne pas gêner la sécurité dans les affaires, puisqu'il s'agit d'imprévision. Cette opération du juge du fond ne se rattachera pas au fait, mais au droit, et sera soumise au contrôle de la Cour suprême (1).

1) La conception la plus proche de la nôtre est celle de M. RIPERT. Cons. : *La règle morale...*, *op. cit.*, p. 162, n° 86. — Voir aussi : VOIRIN, thèse précitée, p. 137. Cependant, M. VOIRIN fait quand même une concession à la théorie de l'autonomie de

En appliquant la théorie de la clause *rebus sic stantibus* au contrat affecté d'imprévision, le juge ne devrait pas tenir compte des fortunes et situations personnelles des parties, fait qui pourrait être décisif pour ou contre l'application de notre théorie au cas concret. Il ne le devrait pas, parce que cette application serait imposée par la volonté tacite des parties en rapport. — La théorie de l'imprévision, au contraire, lui impose ce devoir, parce qu'elle se rend compte de la gravité de l'atteinte qu'elle porte au principe du respect du lien contractuel. Elle ne réclame sa propre intervention que dans le cas où une grande nécessité est en jeu. (1).

En terminant, nous pouvons conclure que l'admission de la théorie de l'imprévision ne touche pas à la notion de contrat. Elle la dépasse. Elle ne modifie que le rapport du contrat avec le droit objectif, en élargissant le champ d'action de ce dernier et en limitant celui du contrat, en le soumettant à une condition de plus : celle de prévisibilité. L'intervention de la théorie de l'imprévision n'est donc qu'un apport au processus de la « publicisation » du contrat, auquel nous assistons depuis un demi-siècle déjà (2).

**

la volonté, en disant que les parties ont tacitement voulu l'application de la règle de droit objectif (*loc. cit.*). — Tous les auteurs s'efforçant de tirer la notion d'imprévision de celle du contrat, tout en condamnant la thèse de la clause tacite *rebus sic stantibus*, arrivent obligatoirement, sans s'en apercevoir, à se conformer à la doctrine erronée qui en résulte. C'est notamment le cas de M. BRUZIN, thèse précitée, p. 332-342.

1) En Droit international public, la théorie de l'imprévision est couramment traitée sous le nom de clause *rebus sic stantibus*. M. Georges SCELLE était un des premiers à critiquer cette dénomination. Voir : SCELLE (Georges), *Précis de droit des gens*, II^e partie, Paris, 1934, p. 417. — DU MÊME AUTEUR, *Théorie juridique de la révision des traités*, Paris, 1936, p. 92-93.

2) Voir : JOSSERAND (Louis), *La « publicisation » du contrat*, dans *Mélanges E. Lambert*, Paris, 1938, t. III, p. 143.

Section E

THÉORIE DE L'ABUS DES DROITS

Nous avons constaté dans notre exposé de la théorie de l'Abus des droits (1) que c'est une règle ou plutôt un ensemble des règles de droit, élaborées par la jurisprudence au-delà du Code Napoléon, et que son rôle consiste à restreindre, selon les critères adoptés, l'étendue des prérogatives déterminées (qu'on appelle ordinairement : « droits subjectifs »), trop largement définies par le droit écrit, au fur et à mesure de leur exercice et suivant les circonstances. D'après le critère le plus avancé de l'intervention de la théorie de l'abus des droits, chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations en fonction de leur destination économique et conformément aux règles de la bonne foi (2).

En recourant à un raisonnement par analogie, une partie de la doctrine a voulu enfermer la thèse de l'imprévision dans les cadres de cette théorie.

Tout d'abord la théorie de l'abus des droits, étant une création prétorienne de la jurisprudence et ayant porté atteinte au principe de la Séparation des pouvoirs, en y dérogeant, permet au juge de procéder à de nouvelles créations, parmi lesquelles peut figurer également la théorie de l'imprévision. D'autre part, la théorie de l'abus des droits, ayant pour tâche de restreindre dans ses justes limites la portée des droits individuels, il n'y a pas de raison pour qu'elle n'en fasse de même du droit trop absolu du créancier de demander l'exécution intégrale de son contrat, malgré la situation imprévisible qui vient en altérer l'équilibre. « Les droits issus des conventions, écrit M. JOSSERAND, ne sont point des attributs discrétionnaires, mais des prérogatives causées, qui ne doivent donc être utilisées qu'avec mesure et à bon escient. Un droit de cette nature ne produit pas des droits stricts, mais bien des droits limités,

1) Voir *supra*, p. 293-300.

2) Voir : JOSSERAND (Louis), *De l'esprit des droits et de leur relativité*, *op. cit.*, p. 366 et suiv., nos 268 et suiv.

dans leur réalisation comme dans leur contenu » (1). « Le créancier, poursuit M. RIPERT, qui essaie de tirer de son contrat tous les avantages qu'il comporte, peut se rendre coupable d'une véritable injustice vis-à-vis de son débiteur. Il abuse de son droit s'il trouve dans l'exercice de sa créance un enrichissement qui est injuste, puisqu'il est pour lui le résultat du hasard et pour le débiteur une source de ruine » (2).

Il est incontestable que la théorie de l'abus des droits, comme toutes les autres créations jurisprudentielles, élaborées indépendamment du Code civil, dont la nature va si souvent à l'encontre de son esprit et dont nous avons déjà rappelé les principales (3), autorise le juge à continuer son travail de législateur spontané et discret, dans le domaine de l'imprévision aussi bien que dans les autres. Il est également vrai que le juge, appelé à adapter un contrat affecté d'imprévision aux nouvelles circonstances, peut, pour vaincre l'intransigeance du créancier demandant le respect absolu et à tout prix du contrat en cause, sans vouloir se rendre compte de la situation pénible dans laquelle se trouve son partenaire, s'inspirer de la théorie de l'abus des droits. — Mais il n'est pas exact qu'il puisse s'en servir, et voici pourquoi :

1° En premier lieu, la théorie de l'abus des droits n'a pas le caractère d'un principe général. Malgré les efforts de la doctrine pour lui attribuer ce caractère, en l'intitulant, par ailleurs, de théorie de l'*abus du droit* (4), en réalité elle n'a qu'un caractère fragmentaire, ne concernant que les droits de l'étendue desquels la jurisprudence a eu l'occasion de se préoccuper jusqu'à présent. Les autres droits ne seront pas soumis à l'application de cette théorie, tant que

1) JOSSEKAND, *op. cit.*, p. 163, n° 162.

2) RIPERT, *La règle morale*, p. 163, n°s 86 et 87. — DU MÊME AUTEUR, Note au Dalloz, 1920.2.33. — Dans le même sens : NAQUET, Note au Sirey, 1920.1.105.

3) Voir *supra*, p. 289-315.

4) Voir : SALEILLES (Raymond), *De l'abus de droit*, rapport présenté à la 1re Sous-commission de la Commission de revision du Code civil, — Bulletin de la Société d'études législatives, 1905, p. 325 ; — SAVATIER, *Des effets et de la sanction du devoir moral*, thèse, Poitiers, 1916, p. 22 ; etc.

la jurisprudence (ou le législateur) ne viendra pas étendre ses effets à des matières que régissent ces droits. Tel est bien aussi, croyons-nous, l'avis de M. le Doyen RIPERT, qui a préféré l'expression de théorie de l'*abus des droits* à celle de théorie de l'*abus du droit* (1). Le nombre des matières assujetties au contrôle de la théorie de l'abus est considérable à l'heure actuelle. Ne s'occupant au début que de la matière du droit de propriété (2), la théorie de l'abus imprègne aujourd'hui presque tout le droit positif interne, savoir : les sûretés (3), le droit de recourir aux voies légales (4), les puissances familiales (5), le droit contractuel (la résiliation du contrat par volonté unilatérale, par exemple) (6), les libertés individuelles (liberté de la pensée, droit de réponse, liberté du commerce et de la libre concurrence) et corporative (droit de coalition et d'association, de grève et de lock-out, de mise à l'index) (7) ; etc., en atteignant même les domaines du Droit administratif (8) et du Droit international, public et privé (9). Toutefois, aucun arrêt de jurisprudence (10) et aucun texte de loi n'a jusqu'à présent, repoussé la prétention du créancier demandant que le contrat, quoique atteint par un cas d'imprévision, soit exécuté, comme constituant un abus du droit contractuel, issu du principe de la force obligatoire des conventions et consacré par l'art. 1134 du Code civil. S'il s'agit d'appliquer la théorie de l'abus du droit du créancier d'exiger l'exécution de son contrat à la lettre, il est impossible de le faire, parce que cette théorie n'existe pas en la matière.

1) RIPERT, *La règle morale*, p. 167 et suiv., n^{os} 89 et suiv.

2) Voir : Trib. civ. de Colmar, 2 mai 1855, D. P. 1856.2.9.

3) Voir : JOSSERAND, *op. cit.*, n^{os} 33 et suiv.

4) JOSSERAND, *op. cit.*, n^{os} 39 et suiv.

5) JOSSERAND, *op. cit.*, n^{os} 63 et suiv.

6) JOSSERAND, *op. cit.*, n^{os} 84 et suiv.

7) JOSSERAND, *op. cit.*, n^{os} 155 et suiv.

8) JOSSERAND, *op. cit.*, n^{os} 192 et suiv.

9) JOSSERAND, *op. cit.*, n^{os} 198 et suiv.

10) Voir cependant : Arrêté du Conseil de Préfecture d'Eure-et-Loire, 14 février 1916 (en matière de Droit administratif), Gaz. trib., 8 mars 1916.

Pour pouvoir appliquer une règle, il faut qu'elle soit établie avant d'être appliquée. Etendre l'institution de l'abus des droits à la matière de l'imprévision, comme le propose M. NAQUET (1), serait créer une règle spéciale nouvelle sanctionnant l'abus du droit en matière d'exécution des contrats pour cause d'imprévision. Cette extension de la théorie de l'abus des droits à la matière de l'imprévision ne se ferait que par l'intermédiaire de l'idée d'imprévision. On ne pourrait pas dire tout simplement que le créancier abuse de son droit. On doit dire *pourquoi* il en abuse, parce que le seul concept de l'abus est insuffisant et ne dit rien de précis. Il lui faut toujours un argument, un appui, une idée concrète qui le mette en action (2). Au lieu d'affirmer que le créancier abuse de son droit, il faudrait prouver qu'il en abuse : *parce qu'il* ne tient pas compte de l'imprévision. Par conséquent, il nous semble que la théorie de l'imprévision ne peut pas se fonder sur celle de l'abus, puisqu'elle la précède. Ce serait plutôt le contraire : la théorie de l'abus, dans cette matière, pourrait trouver sa base dans celle de l'imprévision. Si on admettait l'intervention de la théorie de l'imprévision sous le couvert du concept plus général de l'abus du droit pour cause d'imprévision, on devrait sanctionner au préalable l'idée d'imprévision, donc avant de formuler la nouvelle règle de l'abus du droit du créancier en matière d'exécution des contrats pour cause d'imprévision. Il s'ensuit que la théorie de l'imprévision ne peut dans aucun cas être la conséquence de la théorie de l'abus du droit pour cause d'imprévision, puisqu'elle en est la cause. Être la cause et la conséquence à la fois est logiquement dépourvu de sens (3).

2° En second lieu, la théorie de l'imprévision et celle de l'abus du droit contractuel pour cause d'imprévision

1) NAQUET, Note précitée. « La théorie de l'imprévision, écrit-il, est en harmonie avec l'évolution de la jurisprudence en matière d'abus de droit... L'abus de droit ne doit pas être confiné dans ses rapports avec le droit de propriété, il peut intervenir également dans les contrats ».

2) Dans ce sens : MORIN (Gaston), *L'Abus du droit et les relations du réel et des concepts dans le domaine juridique*, Extrait de la Revue de Métaphysique et de Morale, 1929.

3) Comp. BRUZIN, thèse précitée, p. 324.

(qui n'existe qu'e par hypothèse) ont une certaine analogie entre elles, au moins dans leurs résultats. En repoussant la prétention du créancier, la théorie de l'abus protégerait le débiteur et donnerait satisfaction à sa prétention ; la théorie de l'imprévision ne demande pas davantage. Cependant, il y a entre elles une petite nuance qui les sépare, en en faisant deux institutions distinctes.

Les domaines des deux théories sont nettement délimités. La théorie de l'abus s'occupe exclusivement de la *responsabilité* ; celle de l'imprévision, de l'*irresponsabilité*. Le domaine de la première est plus vaste : elle réprime l'action du créancier, en le rendant responsable d'avoir outrepassé les justes limites du droit que lui confère le Code (ou le contrat) et qu'elle vient de fixer, en protégeant indirectement le débiteur qui allègue qu'il n'est pas responsable s'il refuse l'exécution intégrale du contrat en raison de circonstances imprévisibles. Le domaine de la seconde est plus étroit : elle ne prend en considération que le geste du débiteur (ou plus généralement de la victime de l'imprévision), en se désintéressant de celui du créancier (ou plus généralement du bénéficiaire). Son but est de venir au secours de la victime et non pas de condamner le bénéficiaire. Elle est pleinement satisfaite si, après avoir constaté l'irresponsabilité de la victime, refusant de s'exécuter, elle apporte une des solutions (résiliation, suspension, modification du contrat), susceptibles d'éluder les conséquences fâcheuses de l'événement imprévu prêt à ruiner la victime. Elle ne demande pas davantage : elle n'accuse pas le bénéficiaire de s'être mal comporté vis-à-vis de la victime, elle ne le poursuit pas pour cela. C'est à la théorie de l'abus de le faire (si un jour la conscience juridique trouve le geste du bénéficiaire répugnant et prend la forme d'une règle de droit armée pour le punir).

Par conséquent, dans l'intérêt d'une bonne technique juridique, où toute institution doit rester dans les limites de son champ d'application, il n'est pas recommandable d'étendre la théorie de l'abus des droits à celle de l'imprévision et d'identifier les deux théories qui restent divergentes.

Section F

THÉORIE DE L'EQUIVALENCE

Impressionnés par la disproportion considérable entre les prestations réciproques qu'ont provoquée les suites de l'événement imprévu, certains auteurs ont essayé d'utiliser la notion de *cause suffisante* (ou *insuffisante*), pure création jurisprudentielle, pour justifier l'intervention de la théorie de l'imprévision dans le contrat déséquilibré postérieurement à sa conclusion et au moment de son exécution.

A côté de la notion de la cause dans les obligations contractuelles, consacrée par les articles 1108, 1131 et 1133 du Code civil, se confondant avec celle du contrat lui-même et qui a suscité de très vives discussions dans la doctrine provoquant jusqu'à des controverses sans issue (1), la jurisprudence civile française a construit une notion nouvelle de la cause. Celle-ci n'a pas le caractère d'une règle générale et ne s'applique qu'à une matière spéciale, savoir : à tous les contrats de mandat et aux contrats de louage de services des médecins, architectes, avoués, notaires, avocats et agents d'affaires (2). Dans ces contrats, suivant la nouvelle théorie de la cause, il doit exister une équivalence de valeur entre les prestations réciproques, c'est-à-dire entre le service rendu et la rémunération convenue, non seulement à l'époque de la passation, mais aussi à l'époque de l'exécution du contrat. Cette équivalence est la cause économique ou cause suffisante des obligations dans les contrats en question. Si les valeurs des deux obligations se trouvent au moment de l'exécution du contrat disproportionnées, c'est-à-dire, si la valeur de la rémunération est

1) La doctrine est divisée en deux groupes : d'un côté les causalistes, de l'autre, les anti-causalistes. Cons., parmi les causalistes : CAPITANT (Henri), *De la cause des obligations*, Paris, 1923 ; — JOSSERAND (Louis), *Cours de droit civil positif français*, t. II, Paris, 1933, n^{os} 143 et suiv. — Parmi les anti-causalistes : BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, *Obligations*, 3^e éd., t. I, n^o 298 ; — PLANIOL (Marcel) et RIPERT (Georges), *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, n^o 1036 bis ; — DABIN (Jean), *La théorie de la cause*, thèse, Bruxelles, 1919.

2) Voir les renvois à cette jurisprudence *supra*, p. 301, notes 1^{re} et 2 ; p. 303, notes 3 et 4.

supérieure à celle du service, le montant de la rémunération fixé lors du contrat n'a plus de cause suffisante pour ce qui excède et dépasse la valeur du service ; il doit, par conséquent, être réduit au chiffre dont la valeur correspond à celle du service rendu, l'excédent se trouvant sans cause. Voici les motifs d'un arrêt relatif aux contrats de mandat : « Il appartient aux tribunaux, à la différence du contrat de louage, de réduire le salaire convenu lorsqu'il est hors de proportion avec le service rendu ; le mandataire a reçu illégitimement et *sans cause* une commission aussi exorbitante » (1). En ce qui concerne les services autres que les mandats, la Cour suprême considère comme constituant une obligation *sans cause* tout ce qui peut excéder le salaire légitimement dû (2). En conséquence, si en cas de cause illicite ou de fausse cause du Code civil (art. 1131 et 1133) il y a lieu d'annuler le contrat, en cas de cause insuffisante, il y a lieu de reviser celui-ci (3).

Etendue à tous les contrats à exécution périodique ou différée et érigée en principe général, l'idée d'équivalence, n'étant sanctionnée, en effet, qu'à titre exceptionnel, aurait beaucoup de ressemblance avec la théorie de l'imprévision. Car si on procédait à la reconstitution de l'équivalence de valeurs des prestations corrélatives toutes les fois qu'elle est compromise par l'effet d'un événement ultérieur imprévu, ce ne serait pas autre chose que l'application de l'idée d'imprévision sous une forme déguisée, portant le nom de théorie de l'Equivalence, de la Cause suffisante, de la Lésion subséquente... C'est d'ailleurs la généralisation précipitée de cette théorie qui a inspiré quelques rares essais tendant à fonder sur elle la thèse de l'imprévision. « Tout contrat synallagmatique, dit M. LÉMERY, est le résultat d'un équilibre prévisionnel entre les avantages à recueillir et les charges à supporter par chacun des contractants ; la convention naît d'un calcul d'équivalence... qui est la cause de l'obligation de chaque partie envers l'autre. L'obligation deviendra donc, à la vérité, sans cause si cet équilibre intracontractuel est détruit par un événement

1) Cour de cass., Ch. civile, 29 janvier 1867, D. 1867.1.53.

2) Cass. civ., 9 mai 1866, S. 1866.1.273, et la note.

3) Cass. Req., 17 juillet 1906, D. 1910.1.286.

qui n'était dans les prévisions d'aucun des contractants... » (1). « Les parties n'ont pu et voulu stipuler que pour la plus-value qu'elles pouvaient prévoir et non pour une plus-value excessive qui pouvait aboutir à l'enrichissement sans cause de l'une des parties et à la ruine injustifiée de l'autre », décide un jugement isolé (2).

A notre avis, cette généralisation de la théorie de l'Equivalence a été trop hâtive (3). La théorie en question ne concerne que les contrats de mandat et de louage de services des gens appartenant aux professions sus-mentionnées. En sa qualité de règle de droit, elle ne dépasse pas les limites que lui a tracées la jurisprudence. Dès lors, elle ne peut pas être appliquée à des matières pour lesquelles elle n'a pas été faite. Pour pouvoir l'y appliquer, il faudrait que la jurisprudence procède à son extension, en usant de son pouvoir créateur du droit nouveau.

Cependant, nous ne croyons pas qu'il puisse s'agir là même d'une extension créatrice. Il est hors de doute que l'idée d'équivalence a trouvé sa sanction dans la jurisprudence au sujet des contrats sus-indiqués. Mais n'y est-elle qu'une lointaine conséquence et les vrais motifs de sa consécration, ne sont-ils pas d'un caractère tout autre que celui des motifs de la théorie de l'imprévision ? Il nous semble que oui.

1) LÉMERY, député, Rapport présenté au nom de la Commission de législation civile et criminelle au cours de la discussion de la loi Failliot du 21 janvier 1918, *Journ. Off.*, 7 juillet 1916, Doc. Parl. Chambre, p. 896, col. 1. — Comp. : CRESBON, *Des effets juridiques de la guerre sur les contrats antérieurs à la mobilisation*, Revue catholique des inst. et du droit, 1916, p. 587 et suiv. ; — GUEULLETTE, thèse, *op. cit.*, 2^e partie, p. 329 ; — MARTY (Georges), Préface à la thèse de Mlle De GAUDIN de LAGRANGE, *La crise du Contrat et le rôle du Juge*, précitée.

2) Trib. civ. Pamiers, 27 novembre 1920, D. 1920.2.105 (5^e espèce). — De même, Arrêté du Cons. de Préfecture Seine-Inférieure, 10 novembre 1915 et la note LARNAUDE, Rec. Gaz. trib., 1915, 1^{er} sem. 2.484.

3) Les mêmes errements de généralisation de la théorie de l'Equivalence ont été le fait d'une doctrine qui a construit toute une théorie de la cause dans les obligations à base d'équivalence, doctrine qui s'est fait remarquer. — Voir : LOUIS-LUCAS (Pierre), *Volonté et cause*, thèse, Dijon, 1918, précitée ; — MAURY (Jacques), *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français* t. I et II, thèse, Toulouse, 1920, précitée.

A envisager d'un peu plus près la nature des contrats dans lesquels intervient la théorie de la cause suffisante ou de l'équivalence, on s'aperçoit aussitôt qu'il s'agit là de protéger l'inexpérience des mandants et des clients contre l'exploitation de la part de mandataires professionnels, avocats, agents d'affaires, — gens expérimentés, plutôt que de venir en aide à une victime de l'imprévision, où la question de rapport du plus faible au plus fort ne se pose pas *ab initio*. Si, toutefois, cette exploitation prend un caractère postérieur à la conclusion du contrat, c'est à cause de la nature du service à rendre. Un malade ou un plaideur ne peut pas connaître d'avance les frais de soins ou de plaidoirie, alors que le médecin et l'avocat sont en mesure de les connaître. Par conséquent, l'exploitation ou la lésion existent en germe dès la formation du contrat ; seulement, sa répression est retardée jusqu'au moment de sa révélation. Que le véritable motif de cette jurisprudence soit de protéger le plus faible contre le plus fort et non de venir au secours de la victime de l'imprévision, la preuve en est manifeste : elle ne se soucie point d'augmenter le montant de la rémunération dans le cas où la valeur du service rendu se montre supérieure à ce qui était convenu ; elle veut seulement le réduire dans le cas inverse (1).

En matière d'imprévision, les parties sont, par hypothèse, égales lors du contrat. Leur inégalité provient de l'événement imprévu et ne tient point à leurs qualités personnelles et professionnelles. L'idée d'équivalence y apparaît également. Mais, le défaut d'équivalence constaté entre les prestations réciproques n'est pas l'indice d'une inexpérience à protéger, il aide à rechercher l'existence de l'imprévision, ainsi que nous l'avons démontré dans la Première partie de cette étude (2).

En conclusion, la théorie de l'Equivalence ne peut pas servir de fondement juridique à la théorie de l'imprévision. La seule utilité qu'elle puisse avoir pour cette dernière, c'est que le juge peut s'en inspirer pour élaborer une règle de droit de l'imprévision, comme il l'a fait en

1) Dans ce sens : PERRIN (Jean), *Essai sur la réductibilité des obligations excessives*, thèse, Paris, 1905, p. 304 et suiv.

2) Voir *supra*, p. 138 et suiv.

matière de contrats de mandat et de contrats de louage de services des médecins, architectes, avoués, notaires, avocats et agents d'affaires.

Toutes ces théories qui viennent d'être exposées et dont la plupart sont sorties de l'enseignement de l'Ecole évolutionniste, se sont révélées incapables de fournir un fondement à la théorie de l'imprévision dans les cadres juridiques préexistants, soit légaux, soit jurisprudentiels. En effet, elle n'en a aucun et tous ces efforts n'ont été qu'un travail de Sisyphe dissipant en vain ses énergies dans le vide. La théorie de l'imprévision ne peut avoir son fondement juridique qu'en elle-même ou plutôt dans la règle de droit qui la consacrera entièrement un jour.

Toutefois, la méthode suivie par ces théories et leurs résultats ont contribué à démontrer la nécessité d'admettre l'imprévision, part que nous leur avons déjà reconnue dans le problème de l'élaboration de notre théorie et dont l'importance n'est pas à négliger (1).

1) Voir *supra*, p. 419 et suiv.

CHAPITRE III

TITRE UNIQUE

Législation spéciale consacrant la théorie de l'imprévision

Dans le chapitre précédent, nous avons pu constater qu'une idée d'imprévision assez mûre pour être sanctionnée s'était formée dans les esprits, grâce aux efforts des juridictions inférieures et d'une notable partie de la doctrine. Nous avons pu enregistrer également quelques cas de consécration de l'idée d'imprévision dans des jugements de tribunaux et dans des arrêts de Cours d'appel qui n'ont pas été l'objet d'un pourvoi en cassation. Cette jurisprudence n'a point été le produit d'un simple hasard. Au contraire, son attitude persistante, même après le rejet formel de la thèse de l'imprévision par la Cour suprême, est une preuve sérieuse qu'elle a été conduite par une compréhension réfléchie des nécessités du moment. D'autres faits également, dont nous avons fait mention plus haut, ainsi que le raisonnement objectif et impartial découlant de notre critique, nous ont permis de dire que la décision de la Cour de cassation s'obstinant, jusqu'au bout, à rejeter la théorie de l'imprévision, était motivée par l'idée fixe de conserver l'intangibilité des principes traditionnels, et ce dans l'intérêt de ces principes mêmes plutôt que dans l'intérêt de la vie réelle à laquelle ces principes doivent servir et pour laquelle ils ont été faits. L'intervention du législateur qui est venue briser cette résistance opiniâtre de la juridiction suprême ne peut que confirmer l'exactitude de notre conclusion.

A partir de la déclaration de la guerre de 1914-18, cette intervention législative n'a cessé de se manifester. En vertu de la loi du 5 août 1914, qui est venue élargir les pouvoirs du Gouvernement en lui permettant « de prendre les mesures nécessaires pour faciliter l'exécution ou suspendre les effets des obligations », le Gouvernement a usé largement de ce pouvoir en établissant, par le décret du 10 août 1914,

divers moratoria suspendant les prescriptions, autorisant les banques à ne rembourser à leurs clients qu'une partie de leurs dépôts, prorogeant les baux à loyer, etc., etc. Mais en dehors de ces moratoria, une législation considérable, consacrant entièrement, quoiqu'à titre temporaire et dans certaines matières seulement, les effets de la théorie de l'imprévision, est apparue sur la scène. Inaugurée quelques mois avant l'armistice, multipliée ensuite, elle est toujours en vigueur.

Aujourd'hui la théorie de l'imprévision a déjà pour elle une tradition. Depuis 22 ans, elle est passée du domaine des idées et des tendances au domaine des préceptes. La question ne se pose plus de savoir s'il faut l'admettre ou non. Elle a acquis droit de cité dans la matière du Droit civil. Seulement, sa consécration n'est encore ni complète ni définitive. Le législateur n'admet son intervention que dans certaines matières, dont le nombre est limité. Et la jurisprudence, toujours timide à son égard, ne l'applique pas au-delà. C'est là que le problème se pose à nouveau : faut-il notamment que le juge, investi du pouvoir de créer le droit, pouvoir qui lui est reconnu *de facto*, en attendant que le législateur adopte la théorie de l'imprévision à titre de règle générale, procède à l'élaboration de cette règle ou non ?

Comme on le voit, la gravité du problème est presque la même qu'avant la consécration partielle de notre théorie. Seulement, à la différence de la période précédente, le juge est ici plus encouragé, car, bien qu'il s'agisse toujours de créer, cette création ne serait plus révolutionnaire, elle serait plutôt de nature à compléter le droit positif, à combler ses lacunes.

Avant de passer à ce problème, nous allons faire d'abord un exposé sommaire de la législation sur la théorie de l'imprévision.

Section A

LÉGISLATION SPÉCIALE EN MATIÈRE D'IMPRÉVISION

La première loi qui a « violé » le principe sacré du respect de la foi jurée a été celle du 21 janvier 1918, dite *Loi Failliot*.

Sur l'initiative des milieux commerciaux et industriels. M. Failliot, député de la Seine, déposa à la date du 19 août 1915 sur le bureau de la Chambre sa première proposition de loi « ayant pour but d'instituer une juridiction arbitrale en matière de marchés à livrer passés avant la guerre ». A la date du 22 février 1916, il présenta une nouvelle proposition de loi « relative aux marchés à livrer et autres contrats commerciaux conclus avant la guerre ». La proposition fut transmise au Sénat le 27 juillet 1917, votée le 14 décembre 1917, adoptée définitivement par la Chambre des Députés le 29 décembre 1917 et promulguée comme loi le 21 janvier 1918 (1).

La nouvelle loi, qui n'échappa pas à la critique vigoureuse des adversaires de notre théorie (2), sanctionna, par ses huit articles, la thèse de l'imprévision. Applicable pendant toute la durée de la guerre et jusqu'à l'expiration d'un délai de trois mois à partir de la cessation des hostilités, à tous les marchés et contrats ayant un caractère commercial pour les parties ou pour l'une d'elles seulement, conclus avant le 1^{er} août 1914 et comportant soit des livraisons de marchandises ou de denrées, soit d'autres prestations successives ou seulement différées (art. 1^{er}), elle offre au choix de l'interprète quatre variétés de solutions « s'il est établi qu'à raison de l'état de guerre l'exécution des obligations de l'un des contractants entraînera des charges ou lui causera un préjudice dont l'importance dépasserait de beaucoup les prévisions qui pouvaient être raisonnablement faites à l'époque de la convention » (art. 2, al. 1^{er}), savoir :

1° La résolution du contrat avec allocation de dommages-intérêts (art. 2, al. 2). Le juge, lorsqu'il accorde des dommages-intérêts, doit en réduire le montant s'il constate que, par suite de l'état de guerre, le préjudice a dépassé notablement celui que les contractants pouvaient prévoir (al. 3). Si, conformément aux conditions et usages du commerce, l'acheteur s'est procuré, aux frais et risques du vendeur, les marchandises qui ne lui ont pas été livrées, le montant des dommages-intérêts doit être réduit sous les

1) *Journal Off.*, 23 janvier 1918.

2) Voir : CAPITANT (Henri), Note au Dalloz, 1917.2.33, précitée.

conditions déterminées par le troisième alinéa ci-dessus (al. 4).

2° La résolution sans dommages-intérêts, selon les circonstances (art. 2, al. 2).

3° La suspension, sur la demande de l'une des parties, de l'exécution du contrat pendant un délai que le juge est libre de fixer (art. 2, al. 5).

4° La révision du contrat par un accord amiable intervenu entre les parties intéressées, dont la tentative est obligatoire et doit s'effectuer avant toute autre solution devant le président du tribunal de commerce (art. 3).

Les marchés de fournitures, passés avec les départements, les communes et les établissements publics, entrent également dans le champ d'application de la présente loi (art. 7, al. 1^{er}). Par contre, sont exclus les opérations dans les bourses de valeur, lesquelles restent soumises aux lois, décrets et règlements qui les concernent (un décret du 27 septembre 1914 avait provisoirement suspendu toutes demandes en paiement et toutes actions judiciaires relatives aux ventes et achats à termes, antérieurs au 4 août 1914, de rentes, fonds d'Etat et autres valeurs mobilières, ainsi qu'aux opérations de report s'y rattachant ; les sommes dues à raison de ces ventes, achats et reports étaient augmentées d'un intérêt moratoire de 5 % par an ; — un décret du 14 septembre 1915 compléta cette législation provisoire), les contrats de louage d'ouvrage, les baux à loyer ou à ferme (les contrats de louage d'ouvrage faisant l'objet d'une proposition de loi du 26 août 1915 et devant aboutir à la loi du 22 novembre 1918 ; les baux à loyer ou à ferme de même) (art. 7, al. 2).

Les dispositions ci-dessus restent applicables même au cas où des décisions de justice, passées en force de chose jugée, sont intervenues à propos des contrats visés à la présente loi, mais seulement pour celles des obligations qui n'auront pas encore été exécutées (art. 6).

La date de cessation des hostilités ayant été fixée par la loi du 28 octobre 1919 au lendemain, 24 octobre 1919, l'application de la loi Failliot devait prendre fin le 24 janvier 1920 (délai de trois mois, prévu à l'art. 1^{er}). Cependant, comme ce délai était trop court, le Gouvernement pré-

senta le 23 janvier 1920 à la Chambre des Députés, un projet de loi tendant à proroger de six mois la validité de la loi du 21 janvier 1918. Ce projet fut adopté par la Chambre, après modification, le 23 mars et par le Sénat le 29 avril 1920 et promulgué comme loi le 9 mai 1920. Pour liquider la situation née de la guerre, la loi de 1920 prononce, par son art. 2, la résolution de *plein droit* à la date du 31 juillet 1920 de tous les marchés et contrats dont l'exécution n'a pas été réclamée avant cette date (1).

La glace une fois rompue par la loi Failliot, d'autres lois et décrets lui ont succédé d'une manière continue, soit pour parer aux conséquences désastreuses de la guerre mondiale, soit pour faire face à la grande crise économique de 1930, comme à la crise sociale occasionnée par l'avènement au pouvoir du Front populaire en 1936, ou à la situation créée par la guerre actuelle (1939-40).

Voici leur liste chronologique :

Loi du 9 mars 1918 (Baux à loyer) :

Etablissant un régime spécial pour les baux à loyer conclus avant la guerre, cette loi en a accordé la résiliation sans ou avec indemnité, la réduction des loyers, l'exonération, les délais de grâce, la prorogation des termes. Lorsque le locataire a été tué à l'ennemi ou est décédé des suites de blessures reçues ou de maladies contractées sous les drapeaux, le bail a été *résilié* de plein droit, sans indemnité, sur la déclaration de sa veuve, de ses héritiers en ligne directe ou, à leur défaut, des héritiers collatéraux, si ceux-ci habitaient ordinairement avec lui les lieux loués. Toutefois, si le propriétaire prouvait que, sur la demande du locataire et pour les convenances personnelles de celui-ci, il avait effectué, dans les lieux loués, des travaux ou aménagements exceptionnels, qu'il devait amortir pendant la durée de la guerre, une indemnité pouvait lui être allouée (art. 3). Dans les mêmes cas, la résiliation du bail pouvait être prononcée avec ou sans indemnité sur la demande des autres héritiers du locataire et ayants-droit (art. 4). La résiliation a pu

1) Voir le commentaire de la loi Failliot dans la thèse de M. TATRY, *La loi du 21 janvier 1918 sur les marchés à livrer et autres contrats commerciaux conclus avant la guerre*, thèse, Paris, 1920. — Cf. LEMONIER, *Des effets juridiques de la guerre sur les ventes et marchés*, thèse précitée ; — BRUZIN, thèse précitée, p. 242-279 ; — POPESCU, thèse précitée, p. 90-99,

être prononcée sans indemnité sur la demande de la femme, des enfants ou, à leur défaut, des ascendants des locataires appelés sous les drapeaux dont le décès, sans avoir été officiellement constaté, pouvait être présumé ; elle a pu l'être également au profit des autres ayants-droit avec ou sans indemnité (art. 5). — Sans préjudice des règles du droit commun et des clauses des conventions, il a pu être accordé, pour la durée de la guerre et les six mois suivant le décret fixant la cessation des hostilités, des *réductions* de prix allant, à titre exceptionnel, jusqu'à l'*exonération totale*, au locataire non mobilisé justifiant avoir été privé, par suite de la guerre, soit des avantages d'utilité ou d'usage de la chose louée, soit d'une notable partie des ressources sur lesquelles il pouvait compter pour faire face au paiement du loyer (art. 14). — Dans tous les cas, il a pu être accordé au locataire, suivant les circonstances, *termes et délais* pour se libérer, soit en totalité soit par fractions (art. 17). — Les baux non expirés comme les baux expirés ont pu être *prorogés* pendant toute la durée de la guerre et six mois suivant la cessation des hostilités (art. 18). — Cette loi a été complétée par celles du 23 octobre 1919 et du 31 mars 1922.

Loi du 17 mai 1919 (Contrats d'acquisition d'immeubles) :

Tout contrat conclu antérieurement au 1er août 1914 et ayant pour objet principal de concéder à l'une des parties, au moyen de versement d'acomptes périodiques, la jouissance d'habitations familiales avec la faculté d'en devenir propriétaire, peut être *résolu* à la demande de l'acquéreur actuel ou éventuel, de sa veuve ou de ses héritiers, s'il est établi qu'à raison des circonstances de la guerre et de l'insuffisance de leurs ressources, ceux-ci se trouvent hors d'état de réaliser l'objet de la convention. La résolution est de plein droit au cas où l'acquéreur actuel ou éventuel est mort sous les drapeaux ou a succombé à la suite de blessures reçues ou de maladies contractées depuis sa mobilisation ou encore aggravées du fait de celle-ci (art. 1^{er}). — La résiliation s'opère sans indemnité et les versements déjà effectués ne peuvent être l'objet d'aucune répétition, mais la commission arbitrale, devant laquelle l'instance est engagée, tiendra compte de la durée d'occupation et de la valeur locative normale de l'immeuble pour déterminer la date jusqu'à laquelle les ayants-droit pourront être maintenus en jouissance gratuite (art. 3).

Loi du 6 juillet 1925 (Baux à loyer) :

Les prix des baux à loyer, normaux ou prorogés par application de l'art. 56 de la loi du 9 mars 1918, ayant pris cours ou conclus avant le 24 octobre 1919 et d'une durée contractuelle de

plus de neuf ans pourront être, à défaut d'accord amiable (art. 4) *majorés*. La demande de majoration, qui peut être motivée par diverses raisons (augmentation des impôts, du coût d'entretien, etc.), ne sera admise que si le prix porté au contrat est inférieur de plus d'un quart au prix arbitré comme représentant, au jour de la demande, la valeur locative équitable (art. 1^{er}).

Loi du 1^{er} avril 1926 (Baux à loyer) :

Les locataires, sous-locataires, cessionnaires de baux et les occupants de bonne foi de locaux d'habitation en vertu d'une prorogation antérieure ou d'un délai de grâce même expirés, en possession au 31 mars 1926, auront, sauf en cas de décision judiciaire, devenue définitive, ayant ordonné l'expulsion pour l'une des causes de refus de prorogation admises par la présente loi, droit sans l'accomplissement d'aucune formalité à des *prorogations de jouissance* qui prendront fin au 1^{er} avril au plus tard (la fixation de la date dépend du montant du loyer au 1^{er} août 1914) (art. 2). Lorsque le locataire ne jouit pas du bail en bon père de famille, le bailleur a le droit de demander la déchéance du droit à prorogation (art. 3). — Pour toutes les locations prorogées en vertu de la présente loi et pour tous les baux qui seront nouvellement consentis durant les périodes d'application de l'art. 2, les prix des loyers seront fixés, d'après les règles déterminées à l'art. 11, sur la base de la valeur locative de 1914 (art. 10). La valeur locative de 1914 ainsi déterminée sera pendant la durée de la prorogation et jusqu'au 1^{er} avril 1919, *majorée* de 100 % sans que néanmoins cette nouvelle valeur locative puisse être inférieure aux décisions des commissions paritaires qui auraient fixé un pourcentage supérieur dans les conditions prévues à l'art. 5 de la loi du 29 décembre 1923 (art. 11, al. 1^{er}). La valeur locative résultant de l'application de l'alinéa précédent devra correspondre à la totalité des locaux et dépendances compris dans la même location avant le 1^{er} août 1914. En cas de division actuelle entre plusieurs locataires des locaux faisant l'objet d'une seule et même location en 1914, la nouvelle majoration ne portera proportionnellement que sur les locaux présentement occupés par les locataires. Toutefois, si tout ou partie des locaux est affecté à l'exercice d'une profession, ou d'une fonction, le propriétaire sera en droit d'exiger une majoration de 125 %. — En ce qui concerne les impôts et prestations qui, en 1914, étaient compris dans le prix du bail, le propriétaire pourra réclamer la majoration qu'ils ont subie depuis cette époque. Pour le remboursement des dits impôts et prestations en nature, il pourra être établi, d'accord entre les parties, un forfait qui ne pourra pas dépasser 15 % du montant du loyer majoré (art. 11). — Le loyer des locaux déclarés insalubres sera diminué de 50 % si les travaux d'assainissement ne sont pas exécutés dans les délais prescrits en vertu et en appli.

cation des lois visées au présent article (art. 12). — Cette loi a été modifiée par celle du 21 juillet 1927).

Loi du 9 juin 1927 (Baux à ferme) :

Les prix des baux à ferme ayant pris cours ou conclus avant le 1^{er} janvier 1924 pour une durée d'au moins neuf années pourront être *majorés* dans les conditions ci-après... (art. 1^{er}). Toutefois, tout bailleur n'ayant pas droit à révision et dont le fermage stipulé en argent n'aura pas subi une augmentation de plus de 100 % sur le prix de 1914 pourra réclamer à son fermier, à forfait, une *majoration* de 10 % pour augmentation des charges et le supplément d'impôts qu'il a à subir à partir du 1^{er} janvier 1927 ou à partir de son acquisition si elle est postérieure à cette date (art. 4, al. 2). — Le nouveau prix sera établi sur la base de la valeur locative en 1914, prix du bail ou valeur pratiquée dans la région à cette époque, majorée de 200 % (art. 6). — Le fermier aura le droit, s'il ne veut pas accepter la majoration, de résilier son bail (art. 7). — La solution intervenue à l'amiable entre les parties, sera préférée à toute autre (art. 8, al. 3).

Loi du 29 juin 1929 (Baux à loyer) :

A Paris, dans le département de la Seine et dans un rayon de 50 km. des fortifications de Paris, dans des communes d'une population totale supérieure à 4.000 h. ou distantes de moins de 5 km. des villes de 10.000 h. et dans toutes celles où le dernier recensement accuse un accroissement de la population municipale d'au moins 5 % sur le précédent recensement, les baux à loyer de locaux d'habitation ou à usage professionnel sans caractère commercial ou industriel, ou affectés à l'exercice d'une fonction publique, seront régis par les dispositions ci-après (qui sont analogues à l'art. 1^{er} de la loi de 1926, que celle-ci modifie) (art. 1^{er}). — Ils peuvent être *prorogés* jusqu'au 1^{er} juillet 1935 au plus tard (la date dépend du montant du loyer) (art. 2). — La valeur locative du bail de 1914 sera *majorée* de 150 % du 1^{er} juillet 1929 au 1^{er} juillet 1931 et, à partir de cette date, de 15 % en sus de chaque année jusqu'à la fin des prorogations prévues par la présente loi (art. 11, al. 1^{er}). Cette majoration sera acquise de plein droit au propriétaire à partir du 1^{er} avril 1929. Toutefois, si tout ou partie des locaux est affecté à l'exercice d'une profession ou d'une fonction, le propriétaire sera en droit d'exiger, en sus de la majoration calculée d'après les taux prévus à l'al. 1^{er}, un supplément égal à 15 % de la valeur locative de 1914. — En cas de sous-location non autorisée par écrit, et si le locataire conserve le bénéfice de la prorogation, le propriétaire pourra exiger, pendant la durée de la sous-location, un supplément égal à 30 % de la valeur locative de 1914 des locaux sous-loués. — Si le bailleur consent au preneur un bail écrit de neuf années au moins, la majoration du loyer pourra être

portée à 250 % de la valeur locative de 1914 pour les locaux d'habitation et à 275 % pour les locaux professionnels. — En ce qui concerne les impôts et prestations qui, en 1914, étaient compris dans le prix du bail, le propriétaire pourra réclamer la majoration qu'ils ont subie depuis cette époque. Pour le remboursement des dits impôts et prestations en nature, il pourra être établi, d'accord entre les parties, un forfait qui ne pourra dépasser 30 % du montant de la valeur locative de 1914, telle qu'elle est déterminée à l'art. 10 (art. 11, al. 1^{er} à 10).

Loi du 8 avril 1933 (Baux à ferme) :

Tout fermier qui aura conclu, entre le 1^{er} janvier 1914 et le 11 novembre 1932 inclus, pour une durée d'au moins trois ans, un bail à ferme dont le prix sera payable soit en argent, soit en nature, pourra, dans le délai de trois mois à partir de la promulgation de la présente loi, à peine de forclusion, demander au propriétaire de l'immeuble, objet du bail, la *réduction* du prix du fermage (art. 1^{er}). Le taux de la réduction sera fixé par l'accord amiable des parties et, à défaut, par les experts (art. 4). Si le nouveau prix n'est pas accepté, le président du tribunal prononcera la *résiliation* du bail (art. 3).

Loi du 5 juillet 1933 (Fonds de commerce) :

Par dérogation aux articles 157 et 187 du Code de commerce et pendant un délai d'un an à partir de la promulgation de la présente loi, le commerçant, débiteur d'un effet à ordre souscrit par lui antérieurement au 1^{er} avril 1932 en paiement du prix d'achat de son fonds, pourra, à l'échéance de ce billet, demander à s'en libérer partie en espèce, et le surplus en une traite ou nouveau billet à ordre, payable à un an de date, augmenté des frais et des intérêts calculés au taux d'intérêt légal (*délai de grâce*). — Faute d'accord entre les parties, le débiteur pourra, dans la huitaine de l'échéance, appeler le bénéficiaire ou tiers porteur du billet en référé devant le président du tribunal de commerce, qui, après avoir entendu les parties, jugera si la situation de ce débiteur est telle, en raison des circonstances économiques actuelles, qu'elle justifie de sa part une demande de délai ; en ce cas, il fixera l'importance des espèces que le débiteur devra verser et qui ne pourront être inférieures au cinquième du montant du billet, augmenté des intérêts et frais. Cette décision sera sans appel. — Le nouveau billet à ordre remis au tiers porteur sera considéré comme substitué au précédent et bénéficiera comme lui de tous les droits dans l'inscription du privilège qui étaient attachés. — Le billet primitif conserve, entre les mains du porteur, tous les effets à l'égard de tous endosseurs (art. unique).

Loi du 12 juillet 1933 (Baux à loyer) :

Les baux à usage commercial, industriel ou artisanal, antérieurs au 1^{er} juillet 1932 et d'une durée contractuelle égale ou supérieure à six ans peuvent être *révisés* sur la demande du locataire. La *réduction* du prix des loyers sera fixée soit par transaction amiable soit par décision de justice, en tenant compte « de tous les éléments d'appréciation » (art. 1^{er}). — Si les conditions économiques se sont modifiées au point d'entraîner une variation de *plus d'un quart* de la valeur locative fixée conformément à la présente loi, les parties pourront demander la révision du prix précédemment établi dans les formes et conditions prévues par le premier alinéa de l'art. 3 de la loi du 30 juin 1926 (art. 5).

Loi du 26 février 1934 (Fonds de commerce) :

Les dispositions de la loi du 5 juillet 1933 sont applicables aux billets de fonds venus à échéance avant la date de sa publication, même si ces billets ont fait l'objet d'une décision judiciaire passée en force de chose jugée, mais non exécutée. — Pendant un mois à dater de la publication de la présente loi, les débiteurs pourront saisir le président du tribunal de commerce statuant en référé dans les conditions prévues par le paragraphe 2 de l'art. unique de la loi du 5 juillet 1933 (art. unique).

Loi du 19 mai 1934 (Fonds de commerce) :

Sont étendus à tous les débiteurs de prix d'acquisition de fonds de commerce les avantages prévus par la loi du 5 juillet 1933 en faveur des souscripteurs de billets de fonds. Tout commerçant débiteur en tout ou en partie du prix d'un fonds de commerce peut demander un *délai* en vertu de l'art. 1244 du Code civil. Le président du tribunal jugera si la situation de ce débiteur est telle, en raison des circonstances économiques actuelles, qu'elle justifie de sa part une demande de délai (art. 1^{er}). — L'art. 8 de la loi du 12 juillet 1933 sur la révision du prix des baux est complétée par l'alinéa suivant : « Jusqu'au prononcé du jugement, l'exercice et les effets de l'action résolutoire, si elle est inscrite dans le bail, seront suspendus à l'égard du locataire de bonne foi de locaux à usage commercial, industriel ou artisanal, demandeur à l'action en réduction, à condition qu'il s'acquitte dans la proportion d'au moins 50 % du montant du loyer (art. 2).

Loi du 29 juin 1935 (Fonds de commerce) :

Tout commerçant, débiteur en tout ou en partie du prix d'un fonds de commerce, en vertu d'un acte de transmission ou d'at-

tribution passé antérieurement au 1^{er} juillet 1933, tout souscripteur d'un effet à ordre, émis avant cette date en paiement du prix d'achat d'un fonds de commerce, peut, à défaut d'entente amiable, nonobstant toutes décisions judiciaires antérieures non exécutées, se pourvoir devant le président du tribunal de commerce du lieu où est exploité le fonds de commerce vendu, en vue d'obtenir les *délais* qui pourront être renouvelés. Jusqu'à l'expiration des délais accordés, l'exercice et les effets de l'action résolutoire seront suspendus à l'égard du débiteur qui se sera régulièrement acquitté (art. 1^{er}). — Au cours de la procédure, ou une fois la décision rendue, si les parties sont d'accord pour substituer à l'octroi d'un délai une *réduction*, mais ne peuvent s'entendre sur le montant de la réduction, la partie la plus diligente saisira le président du tribunal de commerce, dans les formes ci-dessus édictées. Le président du tribunal de commerce ou le juge désigné, fixera la réduction, déterminera le mode et les dates de règlement (art. 7). — Le commerçant, visé à l'art. 1^{er}, qui a acheté son fonds de commerce entre le 1^{er} juillet 1926 et le 1^{er} juillet 1933, pourra obtenir la remise complète des intérêts dus s'il démontre qu'il y a, au 1^{er} juillet 1935, une diminution de plus de 33 % *dans le chiffre d'affaires* moyen des deux derniers exercices par rapport à celui des deux années qui ont précédé son acquisition. Ces dispositions profiteront aux donneurs d'aval et aux cautions et seront opposables aux cessionnaires de la créance du vendeur et aux porteurs de billets de fonds (art. 8). — Indépendamment du bénéfice des dispositions qui précèdent, si le vendeur ou ses ayants droit se refusent à une réduction de la créance dans les termes de l'art. 7, l'acquéreur en vertu d'un acte passé entre le 1^{er} juillet 1926 et la date de la promulgation de la présente loi, pourra néanmoins, avant le 1^{er} janvier 1936, et ce à peine de forclusion, demander une réduction s'il a été lésé de plus de 33 %. Il y a pour l'acquéreur lésion de plus de 33 % lorsque le prix des éléments incorporels du fonds a dépassé de plus de 33 % leur valeur réelle au jour de la vente. Pour apprécier cette valeur réelle, le juge tiendra compte du prix moyennant lequel le vendeur avait lui-même acquis le fonds si cette acquisition était antérieure de moins de trois ans et, dans tous les cas, du chiffre d'affaires, et des bénéfices réalisés dans les trois années précédant celle de la vente, ainsi que de tous éléments propres à justifier de la plus-value ou de la moins-value du fonds à la date de la vente. A défaut de comptabilité régulière, le juge basera sa décision sur les sommes ayant servi d'assiette à l'impôt sur le chiffre d'affaire et à l'impôt sur les bénéfices commerciaux pendant les trois années précédant celle de la vente. En aucun cas, la réduction ne pourra dépasser la somme dont l'acquéreur reste débiteur au jour de la demande en réduction (art. 9).

Loi du 30 juin 1935 (Baux à loyer) :

A titre exceptionnel et par dérogation aux dispositions de l'art. 11, al. 1^{er}, de la loi du 1^{er} avril 1926, modifiée par la loi du 29 juin 1929, la majoration de 15 % prévue à partir du 1^{er} juillet 1935 est supprimée jusqu'au 1^{er} juillet 1936 (art. 1^{er}). — En ce cas, le montant du coût des améliorations dans les conditions de jouissance qui seront apportées à l'immeuble, à dater de la promulgation de la présente loi, d'accord avec le locataire ou avec la majorité des locataires, sera productif d'un intérêt de 4 % en sus du loyer à compter du paiement effectif (art. 2). — Pour les prorogations de jouissance prenant fin le 1^{er} juillet 1935, en exécution de l'art. 2 de la loi du 1^{er} avril 1926, modifiée par la loi du 29 juin 1929, le propriétaire ne pourra pas rentrer en possession des lieux loués, sans avoir, au préalable, et après la promulgation de la présente loi, notifié aux locataires un congé, en observant les délais fixés par l'usage des lieux ou par le contrat (art. 3).

Loi du 2 juillet 1935 (Baux à ferme) :

Tout fermier qui aura conclu avant le 1^{er} janvier 1935, pour une durée d'au moins trois ans, un bail à ferme dont le prix sera payable, soit en argent, soit en nature, pourra dans le délai de six mois à compter du jour de la promulgation de la présente loi, à peine de forclusion, demander la *réduction* du prix du fermage dans les formes et les conditions prévues par la loi du 8 avril 1933, modifiée par la loi du 22 mars 1934, même si ce prix a déjà été modifié soit par une décision de justice, en vertu de lois antérieures, soit par un accord amiable conclu avant le 1^{er} janvier 1935 (art. 1^{er}). — Le paragraphe 10 de l'art. 3 de la loi du 8 avril 1933 est remplacé par la disposition suivante : « Le nouveau prix du fermage, pour la fixation duquel le juge, à condition qu'il s'agisse d'un bail n'ayant pas été déjà révisé, pourra tenir compte des sommes versées ou devant être versées depuis le 1^{er} janvier 1934, sera applicable à partir du jour de la demande du fermier, même au cas où la résiliation du bail serait prononcée par application des paragraphes 5 ou 9 du présent article (art. 2).

Décret du 16 juillet 1935 (Baux à loyer) :

A compter du jour de la publication du présent décret, le prix actuel des loyers de tous locaux, appartements ou chambres loués nus ou en meublé, à usage d'habitation ou professionnel, est *réduit* à titre exceptionnel et temporaire de 10 %. Toute majoration, sous quelque forme que ce soit, du nouveau prix ainsi déterminé, donnera lieu à application de l'art. 13 de la loi du 1^{er} avril 1926, modifiée par la loi du 29 juin 1929 (art. 1^{er}). — Pendant le délai de six mois qui suivra la publica-

tion du présent décret, les locataires, cessionnaires, sous-locataires ou leurs ayants cause titulaires de baux à usage commercial, industriel ou artisanal, conclus ou ayant pris cours avant le 15 juillet 1935 pourront introduire une action en révision du prix de leurs loyers dans les formes et conditions prévues par la loi du 12 juillet 1933 (art. 2).

Décret du 16 juillet 1935 (Dettes civiles et commerciales) :

Un des principaux facteurs d'aggravation de la crise actuelle réside incontestablement dans la disparité apparue entre les charges de capital contractées pendant la période de prospérité et les ressources amoindries dont disposent aujourd'hui les débiteurs pour s'acquitter de ces engagements. Pour faire face à cette situation, le présent décret dispose : « Toute dette civile et commerciale contractée par une personne publique ou privée antérieurement à la publication du présent décret peut, nonobstant clause contraire, être remboursée *par anticipation*. — La présente disposition ne s'appliquera pas aux contrats conclus postérieurement à la publication du présent décret » (art. 1^{er}).

Loi du 9 janvier 1936 (Fonds de commerce) :

L'art. 9 de la loi du 29 juin 1935 est abrogé et remplacé par les dispositions suivantes : « Indépendamment du bénéfice des dispositions qui précèdent, si le vendeur ou ses ayants droit se refusent à une réduction de la créance dans les termes de l'art. 7, l'acquéreur, en vertu d'un acte passé entre le 1^{er} juillet 1926 et le 29 juillet 1935, pourra néanmoins avant le 1^{er} mars 1936, et ce à peine de forclusion, demander une *réduction* s'il a été lésé de plus de 33 %. Il y a pour l'acquéreur lésion de plus de 33 % lorsque le prix des éléments incorporels du fonds a dépassé de plus de 33 % leur valeur réelle au jour de la vente. — Pour apprécier la valeur réelle du fonds au jour de la vente, le juge ou le tribunal tiendront compte du prix moyennant lequel le vendeur avait lui-même acquis le fonds si cette acquisition était antérieure de moins de trois ans et, dans tous les cas, du chiffre d'affaires et des bénéfices réalisés dans les trois années précédant celle de la vente, ainsi que de tous les éléments propres à justifier de la plus-value ou de la moins-value du fonds à la date de la vente. — A défaut de comptabilité régulière, le juge ou le tribunal baseront leurs décisions sur les sommes ayant servi d'assiette à l'impôt sur le chiffre d'affaires et à l'impôt sur les bénéfices commerciaux, pendant les trois années précédant celle de la vente. — En aucun cas la réduction ne pourra dépasser la somme dont l'acquéreur reste débiteur au jour de la demande en réduction. — Les dispositions du présent article et des articles précédents s'appliquent à tout débiteur du prix de vente d'un fonds de commerce actuellement propriétaire de ce fonds ou l'ayant cédé, ainsi qu'à tout débiteur du prix d'achat

de parts sociales de sociétés au nom collectif ou à responsabilité limitée ayant pour objet l'exploitation d'un fonds de commerce » (art. 4).

Loi du 25 mars 1936 (Dettes civiles) :

Cette loi « tendant à accorder des *délais* aux débiteurs malheureux et de bonne foi », donne satisfaction à tous les débiteurs, en ajoutant un nouveau paragraphe à l'art. 1244 du Code civil (à l'ancienne rédaction de son alinéa 2) : « En cas d'urgence, la même faculté appartient en tout état de cause au juge des référés. — S'il est sursis à l'exécution des poursuites, les délais fixés par le Code de procédure civile pour la validité des procédures d'exécution seront suspendus jusqu'à l'expiration du délai accordé par le juge ». Les débiteurs du Crédit foncier ne sont pas oubliés. L'art. 2 de la loi déroge aux dispositions du décret du 28 février 1852. Le juge des référés pourra suspendre pour eux toute mesure d'exécution et accorder toute remise d'adjudication. Toutefois, le juge n'interviendra qu'« à titre exceptionnel » et qu'en faveur du « débiteur malheureux et de bonne foi ». Le délai, ne pouvant pas être accordé à celui qui a bénéficié d'un délai amiable égal à un an, ne peut être supérieur à une année.

Loi du 18 août 1936 (Baux à loyer) :

Tout fonctionnaire ou employé civil atteint par la limite d'âge, jusques et y compris le 1^{er} octobre 1937, par application de la présente loi, et qui n'aurait pas pu, jusqu'à cette date, être mis à la retraite d'office en vertu des dispositions actuellement en vigueur, pourra, nonobstant toute stipulation contraire, *résilier* son bail sans indemnité pour la date à laquelle il atteindra sa limite d'âge, à condition qu'il ait notifié cette résiliation au bailleur par acte extrajudiciaire dans le mois de la promulgation de la présente loi (art. 7).

Loi du 20 août 1936 (Dettes civiles) :

Bien qu'intitulée « Loi tendant à accorder des délais aux producteurs agricoles pour le paiement des dettes qu'ils ont contractées pour les besoins de leur exploitation », les *délais de grâce* que cette loi octroie concernent toutes les dettes civiles et tous les débiteurs, car elle est venue remplacer l'alinéa 2 de l'art. 1244 du Code civil par la disposition suivante, ayant sans doute une portée générale : « Les juges peuvent néanmoins, en considération de la position du débiteur et compte tenu de la situation économique, accorder, pour le paiement, des délais qui emprunteront leur mesure aux circonstances, sans toutefois dépasser un an, et surseoir à l'exécution des poursuites, toutes choses demeurant en l'état. » (art. 1^{er}).

Loi du 17 juillet 1937 (Fonds de commerce) :

Les débiteurs de prix de vente de fonds de commerce en vertu d'actes conclus entre le 1^{er} juillet 1926 et le 1^{er} juillet 1935 pourront obtenir une *réduction* sur les termes en capital et intérêts de leur dette venus à échéance avant la promulgation de la présente loi (art. 2). — Le pourcentage de la réduction est en principe égal au pourcentage de la diminution des recettes brutes d'exploitation de l'exercice en 1936 par rapport aux recettes de la première année qui a suivi la vente, si celle-ci a eu lieu avant le 1^{er} janvier 1935 ; si la vente est postérieure à cette dernière date, le pourcentage de la remise est en principe égal au pourcentage de la diminution accusée par les recettes brutes d'exploitation des six derniers mois de l'année 1936. Toutefois, n'est pas prise en considération, la diminution des recettes brutes d'exploitation résultant d'une faute de l'acquéreur. — Le prix ainsi réduit ne pourra être inférieur au prix pour lequel le vendeur a lui-même acheté le fonds ou à ses frais de premier établissement dans le cas où il l'a créé, auxquels s'ajouteront, d'une part, le prix des travaux et dépenses d'amélioration effectués par lui, amortis de 5 à 10 % par année d'usage, selon leur nature, et, d'autre part, une majoration de 5 % par année d'exploitation par le dit vendeur. Si le vendeur a exploité le fonds moins de trois ans, la réduction ne peut amener le prix à une somme inférieure au prix de vente, auquel s'ajouteront les majorations prévues ci-dessus. Le montant de la réduction ne peut en aucun cas être supérieur au montant des sommes dont l'acquéreur reste débiteur au jour de la promulgation de la présente loi au titre du contrat de vente visé au deuxième alinéa du présent article (art. 5). — Sous réserve de l'accomplissement des formalités prévues par la loi du 17 mars 1909, le vendeur ou ses ayants droit pourront reprendre le fonds, à charge par eux de restituer à l'acquéreur sans intérêt les sommes versées effectivement par lui sur le prix principal des éléments incorporels du fonds et sous déduction des moins-values résultant du fait de l'acquéreur. Les améliorations sont à leurs charges (art. 9 *ter*).

Loi du 31 décembre 1937 (Baux à loyer) :

Les alinéas 1^{er}, 2, 5 et 7 de l'article 14 de la loi du 1^{er} avril 1926 sont modifiés ainsi qu'il suit : « La valeur locative de 1914 ainsi déterminée sera *majorée* de 180 % du 1^{er} janvier 1938 au 1^{er} juillet 1938 et, à partir de cette dernière date, de 10 % en sus chaque année jusqu'à la fin des prorogations prévues à l'art. 2 (art. 8, al. 1^{er}).

Loi du 31 décembre 1937 (Baux à loyer) :

A titre exceptionnel, il sera *sursis* jusqu'au 1^{er} avril 1938 à l'expulsion de tout locataire commerçant qui remplit les obliga-

tions de son bail, à moins que le propriétaire n'ait consenti une nouvelle location par acte ayant acquis date certaine antérieurement à la promulgation de la présente loi (art. unique).

Décret du 1^{er} juillet 1939 (Baux à loyer) :

Lorsque l'échelle mobile sur les indices du coût de la vie, les indices économiques ou les variations des prix, le prix de tout bail à loyer portant soit sur un immeuble ou un local à usage commercial, industriel ou artisanal, soit sur un fonds de commerce, se trouverait augmenté ou diminué de plus du quart, les parties pourront, nonobstant toute convention contraire, en demander la *revision*. — Le juge devra adapter, à défaut d'accord amiable (art. 2, al. 2) le jeu de l'échelle mobile à la valeur locative équitable au jour de la demande en tenant compte de tous éléments d'appréciation. Le nouveau prix sera applicable du jour de la demande adressée à l'autre partie. — La revision pourra être demandée chaque fois que, par rapport au prix précédemment fixé, une variation de plus du quart se sera produite (art. 1^{er}).

Décret du 1^{er} juillet 1939 (Baux à loyer) :

Tous les locataires de locaux à usage d'habitation rappelés provisoirement sous les drapeaux pendant une durée minimum de 15 jours, bénéficient de plein droit, nonobstant toute convention contraire, d'un *moratoire* pour le paiement du prix de leur loyer. Les effets du moratoire se termineront pour les loyers échus et non encore acquittés et pour les loyers venant à échéance avant la libération, à l'expiration d'un délai de six mois qui partira de la date de libération du mobilisé (art. 1^{er}). — Les dispositions qui précèdent ne sont pas applicables aux locataires mobilisés dont les ressources ne sont pas diminuées du fait de leur rappel sous les drapeaux (art. 2).

Décret du 1^{er} juillet 1939 (Baux à loyer) :

L'expiration des prorogations de jouissance prévue pour le 1^{er} juillet 1939 par l'art. 2 de la loi du 1^{er} avril 1926, modifié par les lois des 29 juin 1929 et 31 décembre 1937, est reportée au 1^{er} octobre 1939 (art. 1^{er}). — A titre exceptionnel et par dérogation aux dispositions de l'art. 11, al. 1^{er}, de la loi du 1^{er} avril 1926, modifié par les lois des 29 juin 1929 et 31 décembre 1937, la majoration de 10 % prévue à partir du 1^{er} juillet 1939 est supprimée jusqu'au 1^{er} octobre 1939 (art. 2).

Décret du 29 septembre 1939 (Baux à loyer, à ferme, etc.) :

A dater du 2 septembre 1939 et jusqu'au décret fixant la cessation des hostilités, les dispositions exceptionnelles et tempo-

raires ci-après sont applicables dans les rapports entre bailleurs et locataires de locaux à usage professionnel, commercial et industriel, ainsi que de locaux meublés et d'immeubles faisant l'objet de baux à ferme, de mines, de carrières ou servant à l'exploitation d'un établissement d'élevage ou de culture (art. 1^{er}). — Le bail est *résilié* de plein droit, à la demande du locataire, lorsque celui-ci est un militaire appartenant aux formations de l'armée et du territoire ou une personne appartenant aux formations visées par l'art. 11, al. 1^{er}, paragraphe e de la loi du 11 juillet 1938 sur l'organisation générale de la nation en temps de guerre. La résiliation pourra donner lieu à indemnité si le bailleur établit avoir, sur la demande du locataire, et pour les convenances personnelles de celui-ci, effectué dans les lieux loués des travaux ou aménagements exceptionnels qu'il devait amortir pendant la durée de la location. L'indemnité, s'il y a lieu, sera fixée en tenant compte de la plus-value donnée par ces travaux à l'immeuble. — Des *délais* pourront être accordés pour le paiement. — Les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux baux à ferme (art. 3). — La résiliation peut être prononcée à la demande de tout locataire n'entrant pas dans la catégorie de ceux visés à l'art. 3 ci-dessus qui justifiera, par suite de circonstances résultant de l'état de guerre et survenues postérieurement au contrat, soit cesser de jouir de l'usage de tout ou partie des locaux, soit ne pouvoir entrer en jouissance, soit être privé d'une notable partie des ressources sur lesquelles il pouvait compter pour faire face au paiement de ses loyers, soit enfin ne pouvoir continuer normalement l'exploitation ou l'exercice de la profession en vue de laquelle les lieux ont été loués. Si la résiliation est ordonnée, le juge appréciera s'il y a lieu ou non tant à l'indemnité prévue à l'art. 3 qu'à toutes autres indemnités. Le cas échéant, il fixera le montant de ces indemnités selon les circonstances (art. 4). — Lorsque le locataire qui aurait pu se prévaloir des articles 3 et 4 ci-dessus est décédé ou que son décès, sans avoir été officiellement constaté, peut être présumé, la résiliation peut être prononcée, avec ou sans indemnité, à la demande de son conjoint, des personnes vivant habituellement avec lui et qui sont membres de sa famille ou à sa charge ou par tout ayant droit à sa succession. S'il y a désaccord entre eux, le juge apprécie (art. 5). — Des *réductions* pouvant aller jusqu'aux *trois quarts* du montant du loyer pourront être accordées aux locataires qui justifieront, par suite de circonstances résultant de l'état de guerre et survenues postérieurement au contrat, soit avoir cessé de jouir de l'usage de tout ou partie des locaux, soit être privé d'une notable partie des ressources sur lesquelles ils pouvaient compter pour faire face au paiement de leur loyer, soit enfin ne pouvoir continuer normalement l'exploitation ou l'exercice de la profession en vue de laquelle les lieux ont été loués. Des réductions pourront, dans les mêmes conditions, être accordées aux personnes visées à l'art. 5. — Sans préjudice des dispositions de l'article premier du décret du 1^{er} juillet 1939, le locataire d'un local

à usage d'habitation, s'il appartient à l'une des formations visées à l'alinéa 1^{er} de l'art. 3 et si le contrat a été conclu antérieurement au 2 septembre 1939, bénéficie de plein droit, pendant la durée de sa présence dans ces formations, d'une réduction des trois quarts du montant du loyer, à moins que le bailleur n'établisse que le locataire est en mesure d'acquitter la totalité de son loyer ou une fraction supérieure au quart. Sans préjudice des dispositions du décret du 1^{er} septembre 1939, la même réduction des trois quarts est accordée de plein droit, si les conditions prévues par l'alinéa précédent sont remplies, au locataire d'un local à usage professionnel, commercial ou industriel dont la profession, le commerce ou l'industrie ont cessé d'être exercés et ce pendant la période de cette cessation. — En sus de la réduction des trois quarts prévue aux alinéas 3 et 4 du présent article, des réductions sur le montant des loyers restant dus et pouvant même aller jusqu'à l'exonération totale pourront être accordées, lorsque l'intéressé justifiera ne pas être en état de faire face au paiement des sommes dues. Cette demande de réduction devra être faite dans un délai de six mois à dater du jour où le locataire aura cessé d'appartenir aux formations visées à l'alinéa 1^{er} de l'art. 3 ou repris directement ou indirectement l'exercice de sa profession, de son commerce ou de son industrie (art. 9). — Les réductions prévues à l'art. 9 seront calculées sur la base du prix du loyer fixé au courant ou, à défaut, de celui résultant de l'application des lois actuellement en vigueur. Si le prix fait l'objet d'une instance devant les tribunaux, la réduction sera provisoirement calculée sur l'estimation qui sera faite par le juge (art. 10). — Les locataires bénéficiant d'une réduction de loyer en vertu de l'art. 9 et qui ne peuvent invoquer ni les dispositions du décret du 1^{er} juillet 1939, ni celles du 1^{er} septembre 1939 pourront obtenir *termes et délais* pour se libérer soit en totalité, soit par fractions. Ces termes et délais, nonobstant les dispositions de l'art. 1244 du Code civil, pourront être renouvelés jusqu'à la fin de l'année qui suivra la date du décret fixant la cessation des hostilités (art. 11). — Sont *maintenus de plein droit en possession* des lieux loués jusqu'à la date du décret fixant la cessation des hostilités les locataires de bonne foi qui bénéficient d'une réduction du prix de leurs loyers par application de l'art. 9, à charge par eux de se conformer aux décisions de justice ou accords amiables intervenus tant en ce qui concerne les réductions qu'en ce qui concerne, le cas échéant, les termes et délais (art. 12). — En cas de sous-location totale ou partielle, comme en cas de sous-location en garni, la réduction des baux principaux ne sera possible, quelle que soit la situation du locataire, que dans les termes de l'alinéa 1^{er} de l'art. 9. Le montant de la réduction accordée ne pourra jamais permettre au locataire principal de conserver, sur la portion du loyer payée par le sous-locataire et représentative de la valeur locative des biens ou de la partie sous-louée des biens faisant l'objet de la location principale, un bénéfice

quel qu'il soit (art. 14). — Au cas où la situation du locataire viendrait à être modifiée, l'accord amiable ou la décision accordant une réduction ou des délais de paiement pourra être révisée à la requête de l'une ou de l'autre des parties. A défaut d'accord amiable, cette révision sera soumise à la juridiction qui avait été saisie de la première demande ou qui aurait été compétente pour en connaître (art. 17). — Au cas où, par suite de circonstances résultant de l'état de guerre et survenues postérieurement à la naissance de la dette, le propriétaire se trouvera privé d'une notable partie des ressources sur lesquelles il pouvait compter pour faire face au paiement de ses dettes hypothécaires ou privilégiées, le président du tribunal civil, ou le juge qui le remplace, pourra, nonobstant toutes stipulations contraires, accorder au débiteur les *délais* qu'il jugera nécessaires tant pour le paiement du principal, en cas d'exigibilité, que pour le paiement des intérêts ou arrérages échus avant ou pendant la durée des hostilités. Il pourra, en outre, décider qu'aux intérêts et arrérages dont le paiement sera différé s'ajouteront ou non les intérêts de retard. Les délais pourront, nonobstant les dispositions de l'art. 1244 du Code civil, être renouvelés jusqu'à la fin de l'année qui suivra la date du décret fixant la cessation des hostilités (art. 24). — Les dispositions des art. 4 et 5 du présent décret sont applicables aux baux de colonat partiaire (art. 26, al. 2). — Les dispositions de ce décret sont d'ordre public (art. 27).

Décret du 10 novembre 1939 (Contrats de travail) :

Sont maintenus pendant la durée des hostilités les salaires tels qu'ils ont été prévus par les conventions collectives et les sentences arbitrales. Mais il est possible d'obtenir des modifications de ces salaires. Les parties peuvent se mettre d'accord pour modifier les salaires fixés par les conventions collectives et les sentences arbitrales. Si les parties ne sont pas d'accord, l'une d'elles peut demander la révision des salaires (art. 1^{er}). Mais la révision ne peut avoir lieu que si l'économie du contrat a été bouleversée par des circonstances imprévisibles. Dans ce cas, la demande faite par l'une des parties est examinée par une commission administrative et c'est le ministre qui statue en dernier ressort et sans autre recours possible (art. 2).

Au cours de l'année 1940, de nombreuses mesures législatives ont été prises, dont la plupart en matière de baux à loyer, savoir : La loi du 27 avril 1940, la loi du 1^{er} avril 1940 et le décret du 16 juillet 1940, accordant : prorogations de jouissance, augmentations du prix de loyers, réductions, résiliations, termes et délais, tant au profit des locataires mobilisés et prisonniers de guerre (ces derniers étant assimilés aux premiers), que des locataires évacués sur

l'ordre des autorités publiques ou par nécessités résultant des opérations militaires. De toute manière, elles doivent se multiplier, étant donné les nouvelles circonstances issues de la séparation du pays en deux zones : la zone occupée et la zone libre, fait qui a créé tant de difficultés : le passage d'une zone à l'autre n'est point chose facile ; le transfert des fonds est rendu presque impossible ; les relations postales entre les deux zones, limitées strictement à la correspondance familiale, ne permettent aucune poursuite en paiement ni aucune demande en justice entre les parties demeurant dans des zones différentes, les assignations ne pouvant pas se faire (1).

Section B

APPRÉCIATION CRITIQUE DE LA LÉGISLATION RÉCENTE

Les travaux préparatoires de la loi Failliot nous apprennent que le législateur s'est décidé à intervenir dans les contrats en raison d'une incompréhension totale de la nécessité sociale de la théorie de l'imprévision, incompréhension démontrée de la part de la Cour de cassation par son attitude d'hostilité obstinée vis-à-vis de la nouvelle théorie. Ainsi, l'auteur de la proposition de loi, le député FAILLIOT, lui-même, disait : « Notre proposition a eu pour but de faire cesser le désaccord entre le droit actuel et les besoins légitimes de l'industrie et du commerce... » (2). Le sénateur GUILLIER s'exprimait en termes identiques : « Il n'était point besoin d'une législation spéciale... Mais la jurisprudence s'étant orientée dans le sens de l'application inflexible d'une formule trop étroite, il a paru nécessaire, pour remédier à cette crise déplorable, d'édicter des dispositions

1) La liste des lois et décrets que nous avons présentés n'est point complète. Rien qu'en matière de baux à loyer il y a eu, depuis la guerre de 1914-18 jusqu'à nos jours, une cinquantaine de lois et de décrets. Un exposé les englobant tous, serait trop long et encombrant. Nous avons préféré n'en mentionner que les plus caractéristiques. Pour le reste, nous nous permettons de renvoyer aux publications périodiques : *La semaine juridique* et *Les Lois nouvelles*, dont nous-mêmes nous sommes servi pour cet exposé.

2) Voir : Rapport de M. FAILLIOT, Doc. Parl. Chambre 1916, annexe n° 1971.

exceptionnelles qui se justifient par des événements exceptionnels » (1).

Appelé, comme lui-même le reconnaît, à briser la résistance de la Cour suprême et à légaliser la théorie de l'imprévision, le législateur moderne, a-t-il réussi à satisfaire tous les intérêts qui réclamaient la nouvelle institution ou seulement quelques-uns ? Et parmi ceux qu'il est venu protéger, les a-t-il satisfaits en entier ou en partie seulement ?

A jeter un coup d'œil superficiel sur son œuvre, il est facile de constater son imperfection et son insuffisance.

Dans des crises comme celle qu'a provoquée le cataclysme mondial de 1914-18 et dans celles qui lui ont succédé, avec toute la généralité de leurs conséquences sur l'économie des contrats de toutes sortes, passés antérieurement, la légalisation de la théorie de l'imprévision pour quelques-uns de ceux-ci seulement est peu de choses. Les marchés et les contrats à caractère commercial, les baux à loyer et à ferme, les ventes de fonds de commerce, les dettes civiles et commerciales, les contrats de travail... ne sont pas tous les contrats qui, en raison du bouleversement profond de l'économie, réclamaient l'intervention de la théorie de l'imprévision. Sans en mentionner d'autres, qu'il suffise de rappeler les baux à cheptel de fer, qui n'ont jamais été l'objet du souci du législateur moderne et qui ont suscité cependant de si vives protestations de la part de la doctrine et tant de bonne volonté de la part des juridictions inférieures à l'encontre de la jurisprudence traditionnelle de la Cour de cassation (2). Même les contrats, qui ont eu la chance d'être réglementés, ne l'ont pas été tous à la fois ou du moins pas au moment où ils en avaient besoin. Ainsi, par exemple, les ventes de fonds de commerce n'ont été l'objet de l'intervention du législateur qu'en 1933, alors que le motif de cette intervention : la diminution des bénéfices du fonds vendu, existait déjà pendant la guerre de 1914-18.

D'un autre côté, l'intervention du législateur dans les contrats n'a pas été toujours satisfaisante même dans les matières auxquelles elle s'est appliquée. La loi Failliot, par

1) Voir : Rapport de M. le sénateur GUILLIER, Doc. Parl. Sénat, 1917, annexe n° 394.

2) Voir *supra*, p. 350 et suiv.

exemple, n'a concerné que les marchés et contrats conclus avant la date du 1^{er} août 1914, alors que le seul fait de la déclaration de guerre ne pouvait faire prévoir un renchérissement aussi exorbitant que celui survenu à la fin de la guerre. Pourtant, aucun des contrats conclus après la date du 1^{er} août n'a bénéficié de la loi, malgré les surprises uniques dans l'histoire qui les ont atteints au moment de leur exécution ! (1).

Enfin, la plupart de ces mesures législatives sont dépourvues de toute souplesse et de toute élégance quant aux sanctions qu'elles prononcent et quant au critère de leur application. Quand on connaît la nature fort complexe de la théorie de l'imprévision, dont l'intervention doit dépendre de toutes les circonstances de la cause, de la personnalité des contractants et de l'état de leurs fortunes, bref, des faits qui varient à l'infini suivant les situations concrètes qui peuvent se présenter devant le juge, n'est-il pas un peu trop simpliste, pour ne pas dire brutal, de prononcer la résolution, la résiliation ou la suspension de tous les marchés et des contrats, conclus avant le 1^{er} août 1914 et venant à échéance au cours de la guerre, sans accorder la possibilité de leur révision, comme l'a fait la loi Failliot ? Aussi n'est-ce pas un peu trop généraliser que d'imposer au juge tout en l'autorisant à reviser la valeur des prestations réciproques, une limite, égale pour tous les contrats et pour tous les contractants, de l'aléa ordinaire à courir, comme l'a fait la loi du 19 mai 1934 relative aux ventes de fonds de commerce, en la fixant à 33 % (2), ou que de lui lier les mains par un taux déterminé de réduction ou de majoration, comme l'ont fait les lois des 1^{er} avril 1926, 9 juin 1927, 29 juin 1929, etc. ?

Les imperfections de la législation récente relative à notre théorie, s'expliquent aisément par le fait que ce sont des lois de circonstances, rédigées et votées en hâte, bien que souvent tardives, par des praticiens plutôt que par des juristes, appelées à conjurer des situations exceptionnelles au fur et à mesure de leurs survenances et limitées à la du-

1) En ce sens : TATRY, thèse précitée, p. 32-41.

2) Voir aussi les lois des 6 juillet 1925 relative aux baux à ferme, 9 juin 1927 relative aux baux à ferme, 12 juillet 1933 sur les baux à loyer ; etc.

rée temporaire de celles-ci, ainsi que par le fait que leurs promulgations ont été souvent sollicitées par des groupements professionnels invités à défendre les intérêts de leurs membres, victimes de l'imprévision, ou par des hommes politiques, soucieux de satisfaire les intérêts de leur circonscription électorale et, par là, leurs ambitions politiques (1).

Toutefois, si le législateur moderne n'a pas toujours bien protégé les intérêts qui étaient et sont dignes de l'être ou s'il les a souvent négligés pour l'unique raison qu'aucun député n'avait trouvé nécessaire d'attirer son attention sur eux, il ne faut pas lui en vouloir, car tout le mal ne vient pas que de lui. Il est vrai, du reste, qu'une consécration intégrale de la théorie de l'imprévision, autorisant le juge à appliquer ses effets toutes les fois que les conditions de son application, soigneusement élaborées, se trouvent réunies dans un cas concret, serait une solution idéale et supérieure à celle d'aujourd'hui. Mais il est injuste de ne pas reconnaître les bons côtés de l'œuvre législative, comme le fait une partie de la doctrine contemporaine (2). Il se peut que cette œuvre soit incohérente, décousue, partielle ; il se peut qu'elle ne soit pas au niveau de l'art traditionnel de légiférer ; que celui-ci semble avoir quelque peu baissé ; il se peut aussi qu'une telle ou telle loi soit la victoire obtenue par tel syndicat professionnel (3). Etc. Une chose reste acquise : le principe de l'absolutisme du régime contractuel est remplacé par un principe animé de l'esprit « démocratique » ; le droit de la raison pure a cédé la place au droit

1) Cons. : RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, op. cit. n^{os} 3, 4, 6, 7, etc. ; — De GAUDIN de LAGRANGE (Emérentienne), *L'intervention du juge dans le contrat*, thèse, Montpellier, 1935, pp. 225, 234.

2) Voir : RIPERT, op. cit. ; — DU MÊME AUTEUR, *Le droit de ne pas payer ses dettes*, D.H., Chronique, 1936, p. 57-60 ; — CAPITANT, *Le régime de la violation des contrats*, D. H., Chronique, 1934, p. 1-4 ; — JOSSEAND, *La « publicisation » du contrat*, art. précité ; — DU MÊME AUTEUR, *Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats*, article précité. — De GAUDIN de LAGRANGE, thèse précitée, p. 231-240.

3) Comme la loi du 30 juin 1936 sur la propriété commerciale qui fut une grande victoire des syndicats de commerçants. Voir : RIPERT, *Le régime démocratique*, op. cit., p. 198, n^o 100.

de la vie réelle ; la rigidité des formules sèches et parfois vide de contenu est vivifiée par la souplesse et la flexibilité de règles puisées aux sources intarissables de la société qui se transforme.

Dès lors, tout le mal ne vient pas des défauts de la législation récente. Une grande part de responsabilité pèse sur la jurisprudence ; nous dirions même une part majeure.

Le législateur moderne étant intervenu pour corriger et pour humaniser le traditionalisme de la jurisprudence, celle-ci en a mal compris les motifs. En ne se donnant pas la peine de connaître d'un peu plus près le mécanisme de la « machine » législative qui « fabrique » des lois, les mobiles qui la mettent en mouvement, l'esprit nouveau qui l'anime, la plate-forme sur laquelle elle est fixée et la réalité pour laquelle elle fonctionne, la jurisprudence l'a prise pour une législation exceptionnelle, exceptionnelle par rapport au Code civil. En conséquence, les principes et les préceptes du Code Napoléon demeurent la règle ; les dispositions de la législation spéciale forment l'exception. Or, d'après la vieille règle s'exprimant en brocard : *Exceptiones sunt strictissimae interpretationis*, les prescriptions exceptionnelles qui dérogent à la règle ne doivent être appliquées qu'aux cas limitativement énumérés par la loi spéciale. Au-delà, c'est la règle qui règne souverainement.

La jurisprudence est arrivée de la sorte à une situation paradoxale : en s'en tenant à la lettre des lois spéciales qui réglementent incomplètement une réalité imprévisible et exceptionnelle, elle applique à tous les cas qui ne sont pas expressément visés par les lois de circonstances, les textes du Code civil, faits pour une réalité normale ! Ce faisant, elle n'a eu sous les yeux que les préceptes : d'un côté, ceux du Code civil ; de l'autre, ceux des lois spéciales, en perdant de vue que l'esprit des uns est diamétralement opposé à celui des autres, et que si les lois spéciales n'englobent pas tous les cas exceptionnels, ceux qui n'y sont pas entrés ne deviennent pas par là même normaux, du moment qu'ils sont anormaux en eux-mêmes. Et si l'on a prétendu que les exceptions à la règle, lorsqu'on les envisage indépendamment de la règle générale, sont des règles,

elles aussi, à l'égard des situations qu'elles régissent (1); cela est incontestablement vrai pour les lois sur la théorie de l'imprévision. Ces lois ne sont pas des exceptions au Code civil; elles réglementent des situations qui sont exceptionnelles par rapport à celles qu'a eues en vue le Code civil. Il s'ensuit que le Code civil ne peut pas être une règle pour les situations exceptionnelles, car celles-ci dépassent son cadre. Il leur est indifférent, même hostile, parce qu'il ne croyait pas à la possibilité de leur existence. Donc les lois spéciales sont des règles pour les situations qui sont l'objet de leurs préoccupations. Les sphères des deux législations doivent être délimitées. Celle du Code civil ne peut s'étendre que jusqu'au point extrême de la stabilité et de la normalité de la vie économique et sociale. Au-delà, c'est la sphère de la législation spéciale. D'un côté, c'est l'esprit du codificateur de 1804, formé sur la base d'une croyance dans la stabilité économique et monétaire; de l'autre, c'est l'esprit de la législation nouvelle, formé sur la base d'une réalité accusant une instabilité à tous égards. Toutes les fois que cette instabilité imprévue vient bouleverser l'économie d'un contrat, l'esprit du Code civil, lui étant étranger, ne devrait pas lui être appliqué; il devrait céder la place à l'esprit de la législation nouvelle. Si celle-ci ne contient pas une règle écrite relative à la matière, le juge devrait en créer une. Cependant, la jurisprudence refuse de le faire.

Ainsi, à propos de la loi Failliot, la jurisprudence décide qu'étant donné que cette loi est exorbitante du droit commun, elle doit être interprétée *stricto sensu*, et ne pas être étendue à des actes ou à des circonstances que le législateur n'a pas expressément envisagés (2). De ce chef, elle refuse d'appliquer la loi Failliot aux contrats conclus après le 1^{er} août 1914 (3). La loi Failliot n'étant relative qu'aux

1) Voir : LUC (Robine), *L'interprétation des Textes exceptionnels en Droit civil français*, thèse, Bordeaux, 1933, p. 120.

2) Dijon, 19 avril 1918, D. P. 1919.2.54; — Montpellier, 11 mars 1919, D. P. 1919.2.55; — Limoges, 22 novembre 1919 et Bourges, 3 décembre 1919, D. P. 1920.2.15; — Riom, 18 novembre 1920, Gaz. Pal., 10 mars 1921.

3) Trib. com. Seine, 16 décembre 1919, Gaz. Pal., 8 janvier 1930.

contrats commerciaux, une convention par laquelle une personne prend à bail la perception des taxes de stationnement dans une commune, n'ayant vis-à-vis d'aucune des parties le caractère d'un acte de commerce, n'est pas soumise à la loi du 21 janvier 1918 (1). La loi ne s'applique pas non plus aux transactions, conclues après le 1^{er} août 1914, relativement à l'exécution d'un marché d'avant-guerre (2). Elle ne s'applique pas davantage lorsqu'une novation est survenue après le 1^{er} août 1914, par la substitution d'une convention nouvelle à la convention originale (3). Toutefois, si les accords nouveaux ont eu pour effet, non pas de substituer au contrat original, mais d'appliquer par voie transactionnelle une stipulation de ce contrat et l'ont laissé subsister dans ses parties essentielles (4), ou si la transaction ne constitue pas une convention nouvelle se suffisant à elle-même et n'a fait que modifier les accords originaux, la loi Failliot demeure applicable (5). La loi ne prévoyant comme sanction que la suspension et la résiliation du contrat, aucune autre sanction ne peut être prononcée. Voici, par exemple, un arrêt de la Cour de Douai qui prétend assouplir la loi en évitant ses conséquences trop rigides. Il s'agissait en l'espèce d'un contrat relatif à la construction d'un navire. Le navire a été déjà construit à moitié avant la guerre ; son achèvement reste possible ; l'acquéreur, de son côté, offre de payer toutes les plus-values ; le contrat sera ainsi réajusté aux circonstances. Les solutions proposées par la loi Failliot sont trop brutales : la suspension n'est désirée par aucune des parties ; la résiliation profitera au seul constructeur. Dans ces conditions, la Cour de Douai maintient le contrat en donnant acte de son offre à l'acquéreur (6). Cependant, la Chambre des Requêtes de la

1) Cass. Req., 30 juin 1919, D. P. 1920.1.74.

2) Montpellier, 11 mars 1919, D. P. 1919.2.49 ; — Trib. com. Seine, 6 mai 1919, Gaz. Pal. 1919.1.788 ; — Limoges, 22 novembre 1919, D. P. 1920.2.15.

3) Cass. Req., 5 juin 1920, Gaz. Pal. 1920.2.837 ; — Trib. com. Seine, 6 mai 1919, précité.

4) Paris, 31 janvier 1920, Gaz. Trib., 1920.2.139.

5) Trib. com. Narbonne, 3 août 1918, Gaz. Pal., 2 octobre 1918 ; — Cass. Req. 1^{er} août 1921, Gaz. Pal., 1921.2.545 ; — Cass. Req., 8 février 1922, Gaz. Pal. 1922.1.708.

6) Douai, 27 novembre 1919, D. 1920.2.126.

Cour de cassation n'hésite pas à désapprouver cette décision, en disant : « Les tribunaux n'ont que l'alternative ou de rejeter la demande en résiliation ou de l'accueillir avec ou sans dommages-intérêts ; il ne leur appartient pas de reviser » (1).

Il en est de même pour les lois postérieures à la loi Failliot. Ainsi, les bénéficiaires des exonérations de loyers prévues par la loi du 9 mars 1918, devant être des « mobilisés », les juges, en interprétant le terme « mobilisé » dans un sens restrictif : « présent sous les drapeaux », « en service actif », refusent d'en faire jouir les individus en sursis d'appel ou affectés à des industries privées, à des travaux se rapportant à la guerre, et les infirmières engagées pour la durée de la guerre, même affectées à des formations du front (2), les réformés (3), et les mobilisés renvoyés dans leurs foyers à un titre quelconque (4). La Cour de cassation refuse de faire bénéficier des prorogations de baux, en vertu de la loi du 9 mars 1918, les fonctionnaires publics même pour les locaux leur servant de bureaux (5), les collectivités, Etat et communes (6), comme les sous-locataires et les cessionnaires d'immeubles à usage professionnel (7). Un commerçant qui a affermé une prairie pour les besoins de son commerce n'a pas droit à la revision des baux à ferme ouverte aux agriculteurs fermiers par la loi du 8 avril 1933 (8). La fixation de la valeur locative équitable dans l'application de la loi du 12 juillet 1933 doit s'inspirer de la répercussion des conditions économiques sur le commerce en général et sur le commerce particulier du locataire, mais non pas de cet élément tout subjectif, l'état des

1) Req., 15 mars 1920, D. 1920.1.74.

2) Civ., 11 décembre 1918, D. 1919.1.9 et 2 mars 1920 (7^e espèce), D. 1920.1.54.

3) Civ. 21 juin 1919, D. 1919.1.97.

4) Civ., 2 février 1919, D. 1919.1.97.

5) Civ., 12 janvier 1920, D. 1920.1.57 et 26 avril 1920, D. 1920.1.57 et Gaz. Trib. 1920.1.116.

6) Civ., 23 mars 1920, S. 1920.1.265 ; Gaz. Pal. 1920.1.503 ; — Civ., 11 mai 1920, Gaz. Trib. 1920.1.117 ; S. 1920.1.265, Note de M. HUGUENEY.

7) Civ., 9 juillet 1921, Gaz. Trib. 1921.170. — A ces derniers le droit à prorogation a été reconnu par la loi du 31 mars 1922.

8) Trib. civ. Dunkerque, 14 novembre 1933, Revue de droit français, 1934, 41.

affaires du commerçant, que relèverait sa comptabilité (1). En application de la loi du 12 juillet 1933 sur les baux à loyer, seuls les baux de locaux occupés par des commerçants, industriels et artisans peuvent être révisés à la demande du bailleur (2) ; la loi ne peut pas être étendue aux locaux d'habitation et aux locaux professionnels (3). Une fois de plus, la jurisprudence décide, à titre général, qu'il n'est pas permis « d'étendre par voie d'analogie à des situations juridiques non explicitement déterminées, les dispositions d'une loi exceptionnelle, dérogatoire au droit commun » (4).

Dans ces décisions de jurisprudence, conformes à la méthode traditionnelle d'application des lois, il y en a sans doute qui font une part à l'idée de justice dont s'inspire la théorie de l'imprévision. Mais il y en a beaucoup d'autres qui sont contraires à cette idée. Il y a notamment des cas, où la théorie de l'imprévision est intervenue sans qu'il en soit besoin, comme des cas où elle n'a pas joué malgré le besoin qui s'en faisait sentir (5).

La seule solution plausible que la jurisprudence aurait dû adopter, aurait été de poser une règle générale concernant la théorie de l'imprévision, souple et plastique, soumise dans son application à des conditions bien déterminées et bien définies et qui aurait un nombre de sanctions suffisantes pour satisfaire à toutes les espèces pouvant se présenter en pratique, en suppléant ainsi à l'absence d'une règle générale posée par le législateur, règle qui est sans doute souhaitable (6).

Y aurait-il des obstacles d'ordre juridique ou d'ordre pratique contre ce pouvoir du juge de créer une règle générale relative à l'imprévision ?

1) Trib. com. Seine, 31 janvier 1934, D. H., 1934.213 ; 7 février 1934, D. H. 1934.230.

2) Cass., 25 juillet 1934, S. 1934.1.175 ; — Paris, 5 juillet 1934, D. H. 1934.435.

3) Trib. civ. Seine, 14 novembre 1933, Gaz. Pal. 1933.2.950 ; 18 décembre 1933, Gaz. Pal. 1934.1.338.

4) Trib. civ. Seine, 9 décembre 1933, D. H. 1934, 95 (Loi du 12 juillet 1933).

5) Voir la liste complète de la jurisprudence au sujet de l'application des lois nouvelles dans l'excellente thèse de Mlle De GAUDIN de LAGRANGE, précitée, p. 161-218.

6) Une partie de la doctrine moderne la souhaite vivement. — Voir : RIPERT, *La règle morale...*, *op. cit.*, p. 266,

Nous avons démontré plus haut que l'obstacle d'ordre juridique qu'est le principe de la Séparation des pouvoirs n'est plus qu'une fiction et que réellement il n'existe plus, étant donné que le juge l'a déjà si souvent violé.

Pratiquement, l'élaboration de la théorie de l'imprévision par le juge serait meilleure que celle que réalise le législateur par ses mesures exceptionnelles et de circonstances. En effet, elle tiendrait compte de tous les éléments de l'espèce et ne tomberait pas dans la généralisation des cas concrets, comme le fait le législateur. Cette élaboration jurisprudentielle ne serait pas plus arbitraire que celle du législateur, parce que l'idée de justice dont s'inspire la théorie de l'imprévision est en ce moment assez cristallisée pour que sa consécration juridique intégrale ne soit pas dangereuse pour la sécurité dans les affaires. L'intervention constante du législateur, le droit comparé (1), l'application intégrale de la théorie de l'imprévision dans les branches du droit autres que celle du droit civil, comme les efforts des tribunaux subalternes et d'une notable partie de la doctrine, peuvent servir de très bon guide à la Cour de cassation pour lui permettre de s'orienter et d'aboutir à un droit parfait de l'imprévision (2).

n° 88. — CASSIN (René), Intervention dans la discussion en séance de la Semaine Internationale de droit, précitée, p. 213. — DE GAUDIN de LAGRANGE, thèse précitée, p. 233.

1) Voir sur la fonction du droit comparé : LAMBERT (Edouard), *La fonction du droit civil comparé*, t. I, Paris, 1903 ; — SALEILLES (Raymond), *La fonction juridique du Droit comparé*, dans *Rechtswissenschaftliche Beiträge. Juristische Festgabe des Auslandes zu Josef Kohlers 60. Geburtstag, März 1909*, Stuttgart, 1909, p. 164-175. — ESMEIN (A.), *La jurisprudence et la doctrine*, Revue trim. de droit civil, 1902, p. 17.

2) La jurisprudence a pu former cette idée de justice sur l'imprévision déjà en 1915, lorsque de toutes ces données ci-dessus rappelées, il n'y avait que les décrets sur les moratoires. Qu'il nous suffise de citer un passage du jugement du Tribunal de commerce de Toulouse, du 1er juin 1915 : « ...l'état de guerre actuel a troublé profondément la vie économique du pays et créé dans le commerce et l'industrie des situations critiques et difficiles qui ne permettent pas d'obliger ceux qui en sont victimes à remplir des engagements ruineux ; ce sentiment d'équité domine dans les mesures prises à l'occasion de la guerre sous forme de décrets au profit de diverses catégories de débiteurs... » (D. P. 1916.2.112 ; S. 1916.2.29, cité *supra* à propos de l'affaire des ateliers de couture, p. 349, note 1re).

Que deviendrait alors l'intervention exceptionnellé du législateur ? Serait-elle inutile dans le cas où il existerait une règle générale sur l'imprévision à caractère jurisprudentiel ? — Nous ne le croyons pas. Bien que les lois de circonstances aient beaucoup de défauts, bien qu'elles soient parfois partiales, en constituant, comme disent les auteurs, un « droit de classe » (1), elles seraient toujours nécessaires pour mettre l'accent sur telle ou telle catégorie de contractants ou de contrats qu'il faut protéger, en l'occurrence. Cela, parce que le législateur voit la situation économique et sociale du pays sous un autre angle que le juge. Il la voit d'en haut et en bloc, tandis que le juge ne la voit que dans ses manifestations concrètes. Au près du législateur, se font entendre les voix du peuple et des classes sociales ; devant le juge on n'entend que la voix des parties contractantes pouvant appartenir à la même classe ou à des classes différentes. En n'ayant sous les yeux que les intérêts particuliers des plaideurs, le juge peut se laisser guider par ses sentiments, en négligeant l'intérêt général qu'il ne voit pas dans les dires des parties en litige. En suivant le législateur, il se rend plus facilement compte de l'intérêt général, c'est-à-dire de la prééminence de l'un des intérêts en conflit, prééminence que dictent les courants politiques, économiques et sociaux du pays (2). De ce chef, une collaboration du juge avec le législateur serait très utile et même nécessaire, le législateur servant de baromètre et de compas à l'œuvre créatrice du juge (3).

1) Voir : RIPERT, *Le régime démocratique...*, précité, p. 397 et suiv., n^{os} 198 et suiv. — JOSSERAND, *Le contrat dirigé*, D. Hebd., Chronique, 1933, p. 92 ; — DU MÊME AUTEUR, *Sur la reconstitution d'un droit de classe*, D. H., Chronique, 1937, p. 1-4 ; — AUVERNY-BENNETOT (Jean), *La théorie de l'imprévision*, *Droit privé*, *Droit administratif*, *Droit ouvrier*, thèse précitée ; — DE GAUDIN de LAGRANGE, thèse précitée, p. 226.

2) En Allemagne, par exemple, bien que la jurisprudence fût favorable à la théorie de l'imprévision, le législateur ne s'est pas désisté d'intervenir. — Voir *supra*, p. 389.

3) Pour la même raison, l'intervention du législateur serait nécessaire même au cas d'existence d'une règle générale édictée par le législateur.

CONCLUSION

En étudiant le problème de l'imprévision dans la théorie des contrats qui est en même temps celui de l'intervention du juge dans le contrat en cas de survenance de circonstances imprévues, nous ne nous sommes pas limité exclusivement au domaine du droit positif, du droit en vigueur. Notre examen du problème en question a porté sur un domaine bien plus large : celui d'un droit de l'avenir. Et cela a été pour nous l'essentiel ; le droit positif n'a été qu'un moyen, un instrument, nous servant à éclaircir et à construire l'idée d'une règle juridique, règle qui n'existe pas encore. Partant, l'étude que nous venons de présenter au lecteur n'est pas une étude *du* droit, car une étude *du* droit est celle qui ne s'occupe que des textes établis ou plus généralement des règles produisant des effets juridiques (lois en vigueur, coutumes, jurisprudence actuelle). Une étude qui tâche d'expliquer les règles existantes par des considérations historiques, économiques, philosophiques ou autres, et surtout celle qui s'efforce de sonder le terrain pour établir le fondement d'une règle éventuelle, est tout autre qu'une étude *du* droit. Ce n'est qu'une étude *de* droit. Et pour une grande part, c'est le cas de la nôtre.

Sur le plan du droit positif, nous avons pu constater les faits suivants : Le Code civil est hostile à l'admission de la théorie de l'imprévision et à l'intervention du juge dans le contrat que réclame cette théorie ; la jurisprudence civile, exprimée par l'attitude de la Cour de cassation, l'est aussi, sauf toutefois dans un cas particulier, celui des promesses de vente ; le législateur moderne est favorable à notre théorie, mais ne la consacre pas à titre de règle générale. Au contraire ; il la considère comme une dérogation au droit com-

mun, au droit du Code civil de 1804, dérogation qui ne doit pas être élargie au-delà des matières faisant l'objet de la réglementation spéciale (baux à loyer, ventes de fonds de commerce, dettes civiles et commerciales...) ; la jurisprudence civile, fidèle au principe de la Séparation des pouvoirs, ne passe pas outre à la pensée du législateur moderne, comme, d'ailleurs, à celle du codificateur de 1804, en appliquant strictement le texte des lois de circonstances et en refusant de procéder à l'élaboration d'une règle générale sur l'imprévision.

En tant que juriste, il ne nous est pas permis de soumettre cet état de choses, qui découle du droit positif, à une critique quelconque. Quelles que soient ses conséquences, quelle que soit l'insuffisance des remèdes qu'il apporte, notre tâche doit s'arrêter à la simple constatation de ce qui est, sans nous avancer davantage. C'est le rôle d'une étude *du droit*.

Par contre, sur le plan des données d'ordre différent, nous avons pu démontrer qu'une idée de justice et de droit à l'égard de la théorie de l'imprévision réclamant la consécration de celle-ci à titre de règle générale s'est formée dans les esprits ; que cette idée, étant toute nouvelle, n'a rien à voir avec le Code civil qui lui est totalement étranger, et que, par conséquent, la jurisprudence a tort de ne pas vouloir lui prêter la forme d'une règle de droit. L'idée de cette règle de droit générale trouve sa source dans le fait que la théorie de l'imprévision est entièrement sanctionnée dans les branches du droit autres que celle du Droit civil : dans le Droit ouvrier, dans le Droit administratif et dans le Droit international, public et privé ; dans le fait que plusieurs pays étrangers la sanctionnent sans que cela ait aucun inconvénient pour le commerce juridique ; dans le fait que les juridictions inférieures françaises se sont efforcées à maintes reprises de le faire également ; dans le fait que le législateur moderne intervient sans cesse en élargissant le domaine de l'application de la théorie de l'imprévision et que cette intervention constante n'a porté préjudice au commerce juridique ; dans le fait que les représentants autorisés du commerce et de l'industrie français ont élevé leurs voix contre la jurisprudence de la Cour de cassation

au début de la guerre de 1914-18, en sollicitant l'intervention législative ; dans le fait que la Morale chrétienne ne s'oppose pas à la violation de la parole donnée lorsque cela résulte d'un cas d'imprévision, fait attesté par les Pères de l'Eglise catholique ; dans le fait que la conscience juridique, exprimée par une notable partie de la doctrine, condamne le traditionalisme de la jurisprudence de la Cour de cassation... — La jurisprudence civile a tort de ne pas vouloir prêter une forme de droit à cette idée cristallisée, alors que rien ne l'empêche de le faire, puisque son pouvoir de créer du droit nouveau existe et est reconnu en fait, et que le principe de la Séparation des pouvoirs, qu'elle respecte en matière d'imprévision, s'est trouvé impuissant à l'empêcher de « légiférer » en d'autres matières.

En tant qu'observateur des faits, nous ne nous sommes pas arrêté à une simple constatation de la situation du droit positif ; nous sommes allé plus loin, en constatant son insuffisance et en demandant qu'elle soit complétée, soit par le législateur, soit par le juge, ce dernier pouvant le faire en vertu de son pouvoir de créateur du droit nouveau. C'est le rôle d'une étude *de* droit de ne pas se contenter exclusivement de la description du droit en vigueur, mais de l'apprécier, de le juger, à l'aide des expédients extra-juridiques ou, pour mieux dire, des expédients politico-juridiques. De ce chef, il nous a été permis de critiquer la situation du droit positif et de demander la consécration intégrale de la théorie de l'imprévision.

Portant atteinte au principe du respect absolu de la foi jurée, quel rapport existerait-il entre ce principe et une règle générale consacrant la théorie de l'imprévision ? Serait-ce un rapport de règle à exception, ou bien, un rapport d'une règle à une autre ? De prime abord, on serait tenté de dire que le principe de la force obligatoire des conventions est une règle et que la théorie de l'imprévision est une exception, puisque le premier a un caractère normal, alors que la seconde a un caractère anormal, c'est-à-dire que le premier est une chose journalière, alors que la seconde n'intervient que très rarement. Cependant, réflexion faite, il n'en est rien. Ce sont deux règles ayant chacune leur propre champ d'application. Le principe de la force obligatoire

est une règle à caractère normal, parce qu'elle réglemente des situations normales correspondant à la tendance de la vie sociale à être normale. La théorie de l'imprévision est à caractère anormal, parce qu'elle s'applique à des situations anormales qui ne surviennent qu'exceptionnellement, la vie ayant tendance à se normaliser aussitôt. Dès lors, la théorie de l'imprévision implantée dans les situations qu'elle régit, ne peut aucunement être une exception par rapport au principe du respect des conventions, parce que ce dernier est fait pour des situations tout à fait différentes. Au point de vue formel, elle pourrait être considérée comme une exception, parce qu'elle déroge au dit principe. Elle pourrait l'être également si l'on tenait compte de la rareté de son intervention, alors que l'intervention du dit principe est régulière et presque ininterrompue. Mais en réalité, lorsqu'elle intervient, c'est-à-dire lorsque la situation qui nécessite son intervention se présente, elle n'a pas alors le caractère d'une exception à la règle, mais, au contraire, celui d'une règle indépendante qui a son domaine propre, ses conditions d'application, ses sanctions. Par conséquent, la théorie de l'imprévision, tout en dérogeant au caractère absolu du principe posé à l'article 1134 du Code civil, est une règle qui marche côte à côte avec ce même principe, lorsque, grâce à la théorie de l'imprévision, le champ d'application de celui-ci est limité avec précision aux situations qui font le sujet unique de son autorité (1). — Si la théorie de l'imprévision n'a pas à s'appliquer d'une manière permanente, car les situations dans lesquelles elle intervient ne se présentent qu'exceptionnellement, cela n'empêche pas que la règle qui la consacre ait une validité permanente. La norme du Code pénal qui réprime le crime de complot contre l'Etat et le système social actuel est bien d'une validité permanente, quoiqu'elle ne s'applique pas tous les jours ! (2).

1) Ces considérations concernent également la théorie de l'imprévision appartenant au droit positif.

2) Certains auteurs, contraints par les faits, admettent, peu volontiers du reste, l'intervention de la théorie de l'imprévision, mais à titre exceptionnel et *temporaire*, c'est-à-dire qu'elle doit, après avoir remédié à une situation imprévisible, disparaître du cadre du droit positif. — Voir : POPESCU, thèse précitée, p. 219.

Quel serait le fondement juridique d'une règle générale d'imprévision ? Etant donné qu'aucune règle du Code civil ne fait allusion à la théorie de l'imprévision, son fondement juridique serait la règle qui l'aurait consacrée. A présent, ce fondement se trouve dans les lois spéciales la consacrant à titre de règle exceptionnelle. Quand elle sera admise à titre de règle générale, c'est cette règle-là qui sera son fondement juridique. Autrement dit, la théorie de l'imprévision, étant donné son caractère essentiellement nouveau, est, pour elle-même, son propre fondement juridique. Toute loi, toute règle de droit, ne peut avoir d'autre fondement juridique qu'elle-même... En dernière analyse, la question de leur fondement juridique n'est pas, en effet, un problème. Ce qui peut être un problème, c'est la question des données suffisantes servant de base à l'élaboration d'une règle de droit : données économiques, morales, rationnelles ou autres, pouvant former une idée précise de cette règle (1).

Dernière question : dans quel rapport se trouve la théorie de l'imprévision avec la notion de contrat ? Exerce-t-elle quelque influence sur cette dernière de façon à lui apporter une certaine modification, ou bien, la laisse-t-elle entièrement intacte ?

Avant d'y répondre, il importe de préciser le sens du terme de « notion ». Celui-ci n'est pas synonyme du terme de « conception ». — La *notion* est une idée générale et commune que l'on a sur un phénomène quelconque : social, juridique, physique, etc., idée par laquelle on arrive à le distinguer. La *conception* est une création de l'esprit qui attribue à des phénomènes certaines qualités idéales, création qui est propre à une époque, à une idéologie, à une nation, parfois à un seul homme.

Transplantée sur le terrain des contrats, la notion nous aide à ne pas confondre l'institution contractuelle avec

1) Il est curieux de constater que lors de la discussion du Projet de la loi Failliot du 21 janvier 1918, les rapporteurs et les orateurs ont cherché un fondement juridique à la loi en préparation ! — Les auteurs qui exposent les différentes théories concernant ce fondement, ne s'en étonnent même pas. (Voir, par exemple, BRUZIN, thèse précitée, p. 247-251).

les autres institutions juridiques : le testament, l'enrichissement sans cause, la responsabilité délictuelle... Elle nous apprend que tout acte de volonté bilatérale, fait conformément à l'ordre juridique objectif d'un moment donné, lui conférant certains effets juridiques dans les rapports entre les particuliers en cause, est un « contrat ».

Quant à la conception, on ne peut parler d'une conception en général ; il faut spécifier de quelle conception il s'agit : de la conception individualiste, socialiste, idéaliste, réaliste... La conception individualiste du contrat, celle qu'ont le Code civil de 1804 et la doctrine traditionnelle, considère le contrat comme un acte de deux volontés autonomes, dont le rapport avec le droit objectif, représenté par le législateur et par le juge, est très peu sensible, de façon à ce que ce dernier exerce une influence fort restreinte sur le premier, en lui laissant une liberté presque intégrale d'activité et d'action. — Instrument d'échange des biens, le contrat doit comporter un certain équilibre entre les valeurs des biens échangés. Cependant, comme les contractants ont été considérés comme des êtres libres et égaux, l'ordre objectif leur laisse le soin d'établir cet équilibre à leur propre gré. Il ne craint pas que l'intention d'échanger des valeurs ait une base injuste, parce qu'il part *a priori* de la présomption que les parties sont d'égales forces tant au point de vue mental, psychique et physique qu'au point de vue économique et social. Dès lors, le contrat, une fois formé, doit conserver, s'il est à exécution périodique ou différée, les effets que les parties lui ont assignés au moment où elles ont contracté, jusqu'à son exécution normale, sans qu'aucune d'elles puissent y apporter le moindre changement par sa volonté unilatérale. Cela, parce que l'on a cru à une stabilité de la vie économique et monétaire presque invariable. Aux petites variations, dont les parties n'ont pas tenu compte dans leur contrat, l'ordre juridique positif n'a attaché non plus aucune importance. Pour garantir le maintien du crédit nécessaire dans le commerce juridique, qui serait certainement ébranlé si l'on adaptait le contrat à chaque petite variation survenue sur le marché produisant un faible écart entre les valeurs des prestations réciproques, il a proclamé le grand principe *pacta sunt servanda* qu'il a érigé en vérita-

ble dogme. Dès lors, les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits. Ni les parties en rapport, prises isolément l'une de l'autre, ni le législateur, ni le juge n'y peuvent rien changer, seul un nouvel accord des parties intervenu à ce sujet peut y déroger. Et ce, parce que la volonté autonome des parties contractantes seule possède la faculté de créer des droits contractuels, le législateur et le juge n'ayant qu'un rôle passif à jouer en cette matière.

La théorie de l'imprévision, qui porte atteinte non pas au principe de la force obligatoire des conventions, mais à son caractère absolu, car elle ne repose sur aucune sorte de croyance, mais sur l'observation du réel et du tangible, a grandement contribué à l'abandon de cette conception individualiste du contrat. Avec les nombreuses mesures législatives et jurisprudentielles intervenues à propos de la formation du contrat pour garantir l'égalité et l'indépendance réelles et non pas seulement idéales entre les parties intéressées afin qu'un minimum nécessaire d'équivalence existe réellement entre les biens échangés, la théorie de l'imprévision joue le même rôle au moment où le contrat doit être exécuté, lorsqu'un événement imprévu a tellement bouleversé la vie économique du pays que l'équivalence des prestations initialement établie se trouve altérée d'une manière choquante et scandaleuse, de sorte que la lettre du contrat ne pourrait pas être respectée sans qu'une des parties en cause ne soit injustement sacrifiée à l'autre et à un principe qui, dans de telles circonstances, ne contient plus que des mots vides de sens. Par conséquent, en modifiant la conception du contrat d'il y a 140 ans, la théorie de l'imprévision a élargi le champ d'action de l'ordre juridique objectif et a restreint celui du contrat. Autrement dit, elle a changé le rapport entre les fonctions de l'Etat et celles des individus au profit des premières et au détriment des secondes, en « socialisant » en quelque sorte la sphère de l'activité individuelle. — Le contrat, tout en étant l'acte de deux ou de plusieurs volontés, ne doit pas être considéré comme l'œuvre de ces volontés, car celles-ci ne sont douées d'aucune faculté créatrice, étant donné la caducité de la théorie de l'autonomie de la volonté humaine, attestée par les faits. Il ne produit pas les effets que veulent les partenaires, mais

eux que veut et que lui confère le droit positif. La théorie de l'imprévision, faisant partie de ce droit positif, ne permet pas que le contrat conserve au moment de son exécution, en cas de disproportion choquante entre les deux prestations réciproques, due à un changement postérieur et imprévu, les effets que les parties ont voulu lui faire produire lors de sa formation. Cette interposition de la théorie de l'imprévision dans le contrat vient donc du dehors, de la règle de droit, du droit positif et est étrangère au contrat ; elle est de caractère extracontractuel, comme l'est également le changement survenu qui a déséquilibré la situation contractuelle des partenaires. Si son adoption produit un effet rétroactif au début, effet qui n'est pas sans quelques inconvénients, elle perd ce caractère par rapport aux contrats formés sous son règne. Et si la théorie de l'imprévision gêne les contractants, ils auront toujours la possibilité d'exclure ses effets par une clause spéciale insérée dans leurs contrats.

En ce qui concerne la notion de contrat, ni la théorie de l'imprévision ni l'intervention de la part de l'autorité publique dans la formation du contrat n'y ont touché. Bien que la conception individualiste du contrat ait été complétée par un élément nouveau : la garantie d'un minimum d'équivalence entre les valeurs des prestations corrélatives tant au moment de la conclusion qu'à celui de l'exécution du contrat, et ce d'une manière quelque peu « forcée », sa notion reste toujours entièrement intacte, car il est, en effet, toujours facile de ne pas confondre le contrat avec d'autres instruments d'échange des biens ni avec d'autres institutions juridiques... Parle-t-on aujourd'hui de la « crise » et de la « décadence » du contrat ? Ce ne peut être que la crise et la décadence de la conception individualiste du contrat et non pas du contrat lui-même.

En terminant cette étude sur l'intervention du juge dans le contrat en cas de survenance de circonstances imprévues, après avoir si longuement plaidé pour l'admission d'une institution qui lui est en apparence diamétralement opposée, nous tenons à exprimer notre foi et à rendre hommage au principe du respect scrupuleux de la parole don-

née, qui est « une des colonnes du temple » (1) et sans lequel aucune société, aucun groupe, aucun rapport de quelque nature qu'il soit : juridique, politique ou de simple convenance, n'est et ne peut être viable.

Vu :

LE PRÉSIDENT DE LA THÈSE,

André AUDINET

Vu :

Le DOYEN,

B. RAYNAUD

Vu et permis d'imprimer :

Aix, le 26 mars 1941.

LE RECTEUR,

P. MARTINO

1) DEMOGUE (René), *Des modifications aux contrats par volonté unilatérale*, Revue trimestrielle de droit civil, 1907, article précité, p. 245 et suiv.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
Introduction	7

PREMIERE PARTIE

Technique de la théorie de l'imprévision

CHAPITRE PREMIER

CHAMP D'APPLICATION DE LA THEORIE DE L'IMPREVISION

TITRE PREMIER	
Etendue de la théorie de l'imprévision en Droit civil .. .	18
SECTION A : Contrats à exécution instantanée et contrats successifs et à terme	21
SECTION B : Contrats commutatifs et contrats aléa- toires	26
SECTION C : Contrats spéculatifs	28
SECTION D : Contrats à titre onéreux et contrats à titre gratuit	30
SECTION E : Clause expresse de prévision de l'impré- vision ou d'exclusion de l'imprévision	32
SECTION F : Contrats portant sur une somme d'ar- gent et spécialement contrats de prêt de consommation	36
§ 1 ^{er} : Validité juridique des clauses « payable en or » et « payable en valeur-or »	38
§ 2 : Intervention de la théorie de l'imprévision en cas d'absence des clauses sus-visées	62
SECTION G : Contrats de vente ayant pour objet un corps certain	63

TITRE II

Pages

Etendue de la théorie de l'imprévision en d'autres branches du droit

SECTION A : En Droit ouvrier	66
SECTION B : En Droit administratif	72
SECTION C : En Droit international public	87
SECTION D : Cadre de l'étude	99

CHAPITRE II

CONSTRUCTION DE LA THEORIE DE L'IMPREVISION

TITRE PREMIER

Définition et éléments constitutifs de la théorie de l'imprévision

103

SECTION A : Evénement exceptionnel ou ayant des effets extraordinaires

110

SECTION B : Postériorité quant à la conclusion et actualité quant à l'exécution du contrat

115

SECTION C : Imprévision et imprévisibilité

117

SECTION D : Non-imputabilité au demandeur de l'événement survenu

128

SECTION E : Effets de l'événement survenu sur l'exécution du contrat

137

TITRE II

SECTION A : Charge de la preuve

162

SECTION B : Sanctions de la théorie de l'imprévision

164

§ 1^{er} : Résolution et résiliation

165

§ 2 : Suspension

169

§ 3 : Prorogation

178

§ 4 : Exécution par anticipation

180

§ 5 : Revision

181

SECTION C : Quelques contrats usuels

188

§ 1^{er} : Vente

189

§ 2 : Louage de choses

194

§ 3 : Louage de services

197

	Pages
§ 4 : Prêt de consommation et prêt à intérêt	201
§ 5 : Assurance	202
§ 6 : Rente viagère	202

DEUXIEME PARTIE

Fondement juridique de la théorie de l'imprévision

CHAPITRE PREMIER

THEORIE DE L'IMPREVISION ET CODE CIVIL 211

TITRE PREMIER

Aperçu historique sur la doctrine et la Jurisprudence au sujet de la théorie de l'imprévision 211

TITRE II

SECTION A : Principes généraux du Code civil et Théorie de l'imprévision 229

§ 1^{er} : Principe de la Séparation des pouvoirs et Concep- tion de la Loi en 1804 232

§ 2 : Individualisme comme philosophie de la vie sociale 241

§ 3 : Économie libérale 248

§ 4 : Finances de la Révolution et Stabilisation du franc 251

SECTION B : Textes spéciaux du Code civil et Théorie de l'imprévision 262

TITRE III

Principes du Code civil en face de la vie du Droit 279

SECTION A : Fiction de la plénitude du droit écrit .. 282

SECTION B : Critique de la théorie de l'autonomie de la volonté 315

SECTION C : Crises économiques et monétaires .. . 335

CHAPITRE II

TITRE PREMIER

SECTION A : Jurisprudence de la Cour de cassation et Théorie de l'imprévision	343
SECTION B : Critique de la jurisprudence de la Cour de cassation	368

TITRE II

Ecole évolutionniste d'interprétation des lois	413
SECTION A : Théorie de l'Equité et de la Bonne foi . .	419
SECTION B : Théorie de la Force majeure	429
SECTION C : Théorie de M. Fyot sur l'art. 1150 du Code civil	432
SECTION D : Théorie de la « <i>Clausula rebus sic stan- tibus</i> »	435
SECTION E : Théorie de l'Abus des droits	445
SECTION F : Théorie de l'Equivalence	450

CHAPITRE III

TITRE UNIQUE

Législation spéciale consacrant la théorie de l'imprévision	455
SECTION A : Législation spéciale en matière d'impré- vision	456
SECTION B : Appréciation critique de la législation spéciale	474
Conclusion	485

SORTI DES PRESSES DE
L'IMPRIMERIE LECONTE
- MARSEILLE (FRANCE) -
